



**Facultad de Ciencias Jurídicas**

**TRABAJO DE FIN DE GRADO**

**GRADO EN DERECHO**

**LOS EFECTOS DEL CONCURSO SOBRE LOS CONTRATOS  
SINALAGMÁTICOS PENDIENTES DE EJECUCIÓN TOTAL O  
PARCIALMENTE POR UNA O AMBAS PARTES**

**Rafael Ruiz de la Cuesta Vela**

**DIRECTOR**

**Rafael Lara González**

**RESUMEN:** El concurso de acreedores es el mecanismo previsto en nuestro Derecho para regular la situación en que queda el deudor que, en estado de insolvencia, no puede asumir todas las obligaciones a que debe hacer frente. Dentro del concurso como método de ordenación de dicha situación, deben preverse una serie de normas que se refieran a los efectos que el mismo puede ocasionar sobre los contratos en que es parte el concursado.

**PALABRAS CLAVE:** LEY 22/2003, DE 9 DE JULIO, CONCURSAL – EFECTOS SOBRE LOS CONTRATOS – RECIPROCIDAD – RESOLUCIÓN – MANTENIMIENTO

.....

**ABSTRACT:** “Concurso de acreedores” (creditors’ agreement) is the tool which Spanish Law uses to regulate the insolvency situation in which the debtor remains when it is unable to assume all the obligations it has to face. Within the “concurso de acreedores”, as the mentioned way of ordering this insolvency situation, a series of rules have to be provided in order to regulate the effects which it may produce on the contracts in which the insolvent party is part of.

**KEY WORDS:** LEY 22/2003, DE 9 DE JULIO, CONCURSAL – EFECTOS SOBRE LOS CONTRATOS – RECIPROCIDAD – RESOLUCIÓN – MANTENIMIENTO

## **LISTA DE ABREVIATURAS:**

ADCO	Anuario de Derecho Concursal
CC	Código Civil
CCom.	Código de Comercio
LC	Ley Concursal
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LO	Ley Orgánica
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
RDCP	Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
SJM	Sentencia Juzgado de lo Mercantil
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
SSTS	Sentencias del Tribunal Supremo
TS	Tribunal Supremo

## **INDICE:**

<b>I. INTRODUCCIÓN AL CONCURSO DE ACREEDORES.....</b>	<b>8</b>
<b>II. OBJETO DEL TRABAJO: LA REGULACIÓN DE LOS EFECTOS DEL CONCURSO SOBRE LOS CONTRATOS EN LA LEY 22/2003. LOS ARTÍCULOS 61 A 63.....</b>	<b>10</b>
<b>III. ÁMBITO DE APLICACIÓN Y RECIPROCIDAD DE LAS PRESTACIONES A QUE SE REFIERE ESTA REGULACIÓN.....</b>	<b>12</b>
1. Ámbito de aplicación.....	12
2. La reciprocidad de las prestaciones. La especial relevancia del sinalagma funcional frente al sinalagma genético .....	13
<b>IV. LAS OBLIGACIONES RECÍPROCAS EN EL MOMENTO DE DECLARARSE EL CONCURSO.....</b>	<b>16</b>
1. Situación en que se hallan las obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento al momento de declararse el concurso.....	16
2. El carácter íntegro del cumplimiento de las obligaciones.....	16
3. Efectos de la falta de cumplimiento íntegro de las obligaciones recíprocas de una de las partes.....	19

## **V. EL PRINCIPIO DE VIGENCIA DE LOS CONTRATOS CON OBLIGACIONES RECÍPROCAS PENDIENTES DE CUMPLIMIENTO**

..... 19

1. Vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento a cargo de ambas partes..... 19

2. Carácter contra la masa de las prestaciones a que esté obligado el concursado. Distinción entre contratos de tracto sucesivo y contratos de tracto único

..... 20

## **VI. LA FACULTAD DE RESOLVER EN INTERÉS DEL CONCURSO**

..... 24

1. La facultad de resolver en interés del concurso..... 24

2. La norma sobre el cálculo de la indemnización en la resolución de contratos de arrendamiento financiero..... 28

## **VII. INEFICACIA DE LAS CLÁUSULAS CONTRACTUALES QUE DISPONEN LA RESOLUCIÓN POR LA SOLA DECLARACIÓN DEL CONCURSO**

.....29

## **VIII. FACULTAD DE RESOLVER LOS CONTRATOS POR INCUMPLIMIENTO..... 31**

1. La facultad de resolver los contratos por incumplimiento.....31

2. La distinción entre contratos de tracto sucesivo y único y el problema de estos últimos..... 31

3. El carácter del incumplimiento..... 35

4. El ejercicio de la acción resolutoria ante el interés del concurso.....	36
--	----

## **IX. LA DECISIÓN JUDICIAL DE LA CONTINUACIÓN DEL CONTRATO EN INTERÉS DEL CONCURSO .....37**

1. La decisión judicial de la continuación del contrato en interés del concurso pese a existir causa de resolución.....	37
---	----

2. Carácter contra la masa de las prestaciones a que estuviera obligado el concursado .....	39
---	----

## **X. EFECTOS DE LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO POR INCUMPLIMIENTO..... 41**

## **XI. LA DENUNCIA UNILATERAL EN EL SENO DEL PROCESO CONCURSAL: SUPUESTOS..... 43**

1. La facultad de denuncia unilateral en los contratos de que es parte el concursado .....	43
--	----

2. Normas legales que disponen expresamente o permiten pactar la extinción del contrato en situaciones concursales o de liquidación administrativa.....	45
---	----

## **XII. REGULACIÓN DE LA MATERIA EN EL PROYECTO DE TEXTO REFUNDIDO.....47**

1. Efectos sobre los contratos.....	48
2. Resolución de los contratos.....	50
3. Consideraciones al respecto de la nueva regulación.....	51

<b>XIII. CONCLUSIONES.....</b>	<b>53</b>
<b>XIV. BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>55</b>
<b>XV. JURISPRUDENCIA ANALIZADA.....</b>	<b>57</b>

## I. INTRODUCCIÓN AL CONCURSO DE ACREEDORES

El concurso de acreedores es el mecanismo legal previsto en nuestro ordenamiento para ordenar la situación del deudor que por hallarse en situación de insolvencia no puede pagar a sus acreedores. El Derecho Concursal protege los intereses de estos acreedores de modo colectivo, tratándose de un sistema de tutela cuya creación es necesaria, pues la defensa individual que pudiera hacer cada acreedor de sus propios intereses sería estéril y acabaría favoreciendo indiscriminadamente a unos acreedores sobre el resto. Para solucionar estas situaciones de multiplicidad de acreedores sobre un deudor común que no puede satisfacer a todos por entero se establecen, entre otras, normas como que indican qué orden de cobro deben seguir los acreedores, cuáles de ellos van a tener preferencia por el mejor carácter de sus créditos, el principio general (sujeto a excepciones) que ordena el procedimiento y en virtud del cual todos los acreedores son de igual derecho (*par conditio creditorum*), o la posibilidad de finalizar el procedimiento concursal con un acuerdo que permita al concursado continuar con su actividad satisfaciendo lo mejor posible a sus acreedores.

La regulación del estado de insolvencia del deudor experimentó una reforma íntegra con la adopción de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. De hecho, dicha reforma es el objetivo central de la Ley Concursal, como sin reparos se expone de entrada en el punto I de su Exposición de Motivos. Este mismo primer punto menciona algunos de los muchos defectos de que adolecía la regulación de la insolvencia anterior y que hacían necesaria dicha reforma: arcaísmo, inadecuación a la realidad social y económica de nuestro tiempo, dispersión, carencia de un sistema armónico, predominio de determinados intereses particulares en detrimento de otros generales y del principio de igualdad de tratamiento de los acreedores, con la consecuencia de soluciones injustas... A ellos se sumaba la multiplicidad de procedimientos concursales, de modo que junto a las clásicas instituciones de la quiebra y el concurso de acreedores existían otras para el tratamiento de la insolvencia de los comerciantes y no comerciantes, respectivamente, como la suspensión de pagos o el procedimiento de quita y espera. Un ejemplo muy claro del caos en que estaba sumida la regulación de la insolvencia en España lo proporciona la Ley de Suspensión de Pagos de 1922, que promulgada con carácter provisional se convirtió en pieza esencial de nuestro derecho concursal por la flexibilidad con que estaba redactada.



Para paliar todos estos *déficits* y mejorar el sistema concursal, la Ley 22/2003 optó por regir el procedimiento de insolvencia por una serie de principios que pretendían simplificarlo y hacerlo mucho más claro. Así, el concurso se apoya ahora en los principios de unidad legal, unidad de disciplina y unidad de sistema. El principio de unidad legal implica la regulación en un único texto legal de los aspectos procesales y materiales del concurso, sin más excepción de aquellas normas que por su carácter han exigido el rango de Ley Orgánica. El principio de unidad de disciplina elimina la distinción entre comerciantes y no comerciantes a la hora de determinar a quién se va a aplicar el procedimiento concursal, que regirá la insolvencia de todo deudor, sea persona física o jurídica (artículo 1 de la LC). Por último, el principio de unidad de sistema consiste en establecer un único procedimiento concursal, lo suficientemente flexible como para adecuarse a las distintas situaciones de que se pueda tener que ocupar<sup>1</sup>.

Por último, el carácter más claro y preciso de la nueva LC se aprecia en que la declaración del concurso se producirá únicamente cuando concurra un presupuesto objetivo: la situación de insolvencia del deudor. Esta situación de insolvencia viene además explicada y relacionada en la propia LC, lo cual constituye un límite necesario y celebrable pues clarifica y delimita el campo de actuación del procedimiento e impide que éste se inicie o deje de iniciarse por motivos poco claros.

---

<sup>1</sup> Ni siquiera estos principios se aplican del todo en puridad, como se aprecia en el hecho de que la LO 7/2015 (alegando en su Exposición de Motivos una “mayor agilización y especialización en las respuestas judiciales” y un “equilibrio en la distribución de asuntos”) rompiera en cierta medida el principio de unidad al introducir, en el art. 85.6 de la LOPJ, un elemento subjetivo en atención al cual conocerán del concurso los Juzgados de Primera Instancia y no sólo los de lo Mercantil como sucedía hasta entonces. En efecto, aquellos serán competentes para conocer del concurso cuando el concursado, conforme a lo dispuesto en la LC, sea “persona natural no empresario”. Antes de esta reforma, con efectos desde el 1 de octubre de 2015, conocían de cualquier concurso los Juzgados de lo Mercantil, independientemente del carácter subjetivo del sometido al procedimiento.

## **II. OBJETO DEL TRABAJO: LA REGULACIÓN DE LOS EFECTOS DEL CONCURSO SOBRE LOS CONTRATOS EN LA LEY 22/2003. LOS ARTÍCULOS 61 A 63**

El Capítulo III del Título III de la LC es el que se refiere a los efectos del concurso sobre los contratos, a los que dedica diez artículos (del 61 al 70) que pueden esquematizarse en cuatro grupos<sup>2</sup>:

1) Los efectos del concurso sobre los contratos sinalagmáticos pendientes de ejecución total o parcialmente por una o por ambas partes (arts. 61 a 63).

2) Efectos del concurso sobre los contratos de trabajo y los convenios colectivos (arts. 64 a 66).

3) Efectos del concurso sobre los contratos celebrados por el concursado con la Administración Pública (art. 67).

4) Efectos del concurso sobre algunos contratos que han dejado de tener vigencia (arts. 68 a 70), aunque no se hayan liquidado totalmente los derechos y obligaciones derivados de su extinción.

Dentro de este esquema, nos vamos a ocupar del primer grupo, el relativo a los efectos del concurso sobre los contratos sinalagmáticos pendientes de ejecución total o parcialmente por una o por ambas partes (arts. 61 a 63).

En este punto, creemos oportuno hacer referencia a dos pronunciamientos, uno legal y otro jurisprudencial, que ponen de manifiesto la importancia y novedad que supuso la inclusión en la LC 22/2003 de la regulación de los efectos del concurso sobre los contratos.

En efecto, ya desde el principio, la LC señala en su Exposición de Motivos que ésta *“se trata de una de las materias más deficientemente tratadas en el anterior derecho y, por tanto, de mayor originalidad en la nueva ley”*. En relación con ello, diversas declaraciones jurisprudenciales han puesto también el acento sobre la novedad de la materia, destacando la STS 181/2012, de 26 de marzo, cuando indicó al respecto que con esta nueva regulación *“(Q)uiso el legislador (...) remediar los inconvenientes de la*

---

<sup>2</sup> MARTÍNEZ FLÓREZ, A., “Comentario al artículo 61” en *Comentario de la Ley Concursal*, Tomo I, 1ª Edición, 2004, Ed. Thomson Civitas, pág. 1.115.

*insuficiente regulación que habían merecido, en la legislación derogada (...) los problemas que se producían cuando el concursado era parte de una relación contractual no consumada y las prestaciones debidas por cada contratante estaban conectadas por vínculo de reciprocidad con las del otro, dada la dificultad de armonizar las rígidas reglas rectoras del procedimiento concursal con las que regulan el funcionamiento de las obligaciones sinalagmáticas”.*

La novedad de los artículos 61 a 63 es, pues, muy importante ya que plasma una serie de criterios que, en la misma línea clarificadora que sigue el resto de LC, permiten unificar los efectos del concurso sobre los contratos con obligaciones recíprocas en que es parte el concursado, habida cuenta de que la regulación anterior no dejaba nada claro este extremo. En este sentido, la LC parece recoger el espíritu de los distintos Anteproyectos de Ley Concursal que se fueron sucediendo en nuestro ordenamiento, en concreto tres: el Anteproyecto de Ley de Concurso de Acreedores de 1959, el Anteproyecto de Ley Concursal de 1983 y la Propuesta de Anteproyecto de 1995, en todos los cuales se contemplaban de alguna manera u otra los contratos con obligaciones recíprocas. La LC sigue en buena parte a la Propuesta de 1995, aunque se desmarca de ésta en algunos aspectos<sup>3</sup> (v.g. la falta de previsión de un plazo para ejercer la acción de resolución en interés del concurso o el respeto de todas las leyes que fuera de la LC permitan la extinción de los contratos a causa de la situación concursal de alguna de las partes).

Aunque la regulación de todos estos extremos es novedosa e importante, no faltan las voces en la doctrina que critican la poca novedad de ciertos puntos que podían haber sido modificados por el legislador aprovechando esta oportunidad<sup>4</sup>.

---

<sup>3</sup> MARTÍNEZ FLÓREZ, A., “Comentario al artículo 61” en *Obra citada*, p. 1.119,

<sup>4</sup> A este respecto, MARTÍNEZ FLÓREZ, A., “Comentario al artículo 63” en *Obra citada*, p. 1.174.

### III. ÁMBITO DE APLICACIÓN Y RECIPROCIDAD DE LAS PRESTACIONES A QUE SE REFIERE ESTA REGULACIÓN

#### 1. Ámbito de aplicación

Como en nuestro trabajo nos vamos a referir a los efectos que el concurso tiene sobre los contratos con obligaciones recíprocas, debemos antes de nada proporcionar una definición de contrato, pues es el acuerdo que suscribe el concursado al que se aplicará esta regulación. Carrasco Perera lo define como *“acuerdo alcanzado por dos o más personas que tiene por objeto crear, modificar o extinguir entre ellos una determinada relación jurídica cuyo contenido consiste en el derecho a (y en el correlativo deber de) exigir el cumplimiento de una o varias obligaciones determinadas a cargo de todos o parte de los contratantes”*<sup>5</sup>.

Pues bien, dentro de los contratos existen algunos que son fuente de obligaciones sólo para una parte (piénsese en el préstamo, en el que el único obligado es el prestatario, a devolver la cosa que le ha sido prestada) y otros que generan obligaciones para ambas (piénsese en la compraventa, en la que una parte se obliga a pagar un precio y la otra a entregar el bien objeto del contrato). En el marco de estos últimos, hay algunos en los que lo que una parte debe hacer constituye el derecho de la otra y viceversa, pues ésta última debe hacer algo que a su vez supone un derecho para la primera. En ellos, ambas partes son acreedora y a su vez deudora de la otra. Estos son los contratos con obligaciones recíprocas objeto de nuestro trabajo y contemplados por los arts. 61 y siguientes LC.

Por otro lado, el artículo 61 delimita el ámbito de aplicación de lo señalado en él y en los artículos posteriores a los contratos *“celebrados por el deudor”*. Pese a que no se indica, consideramos acertado excluir de la aplicación de este artículo y los siguientes a los contratos que recaigan sobre bienes inembargables, o que el concursado hubiera suscrito a título particular y al margen de su actividad profesional. Estos quedan fuera de la masa del concurso de acuerdo con el artículo 76.2. El artículo tampoco menciona a qué tipo de contratos se extenderá, pudiendo entenderse que lo hace a todos, pero una interpretación sistemática de la norma, así como, sin ir más lejos, otra literal del propio título del artículo (*vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas*), debe

---

<sup>5</sup> CARRASCO PERERA, A., en *Derecho de Obligaciones y Contratos en General*, 2ª Edición, 2010, Editorial Tecnos, Pág. 15.

hacernos considerar que se aplica a los contratos con obligaciones recíprocas en que fuera parte el concursado.

## **2. La reciprocidad de las prestaciones. La especial relevancia del sinalagma funcional frente al sinalagma genético**

Cuando afirma que “*la reciprocidad del vínculo contractual se ha convertido en un dato determinante del ámbito de aplicación*” del art. 61 LC, la STS 44/2013, de 19 de febrero, nos da un dato de la gran importancia que tiene analizar en qué consiste dicha reciprocidad a los efectos de nuestro trabajo.

Aunque nuestro CC no define qué debe entenderse por reciprocidad, la jurisprudencia del TS en el ámbito del artículo 61 es muy prolija, y ha ido fijando una serie de criterios que nos permiten conocer cuándo estamos ante un contrato con obligaciones recíprocas y cuándo no. En este sentido, la STS 44/2013 antes mencionada nos brinda tres pasos que deben darse para que proceda hablar de obligaciones recíprocas: 1) Cuando con causa en un mismo negocio 2) nazcan deberes de prestación a cargo de las dos partes, que ocupan la doble posición de deudora y acreedora de la otra, siempre que 3) exista entre las prestaciones una interdependencia o mutua condicionalidad, de modo que puedan entenderse conectadas por un nexo causal, determinante de que cada una esté prevista inicialmente y funcione como contravalor o contraprestación de la otra<sup>6</sup>. Además, la reciprocidad no requiere equivalencia de valores entre las dos prestaciones, pero sí que ambas tengan la condición de principales en la relación contractual, ya que difícilmente cabrá advertir la mutua condicionalidad entre una obligación principal y otra secundaria.

Por último, aunque la reciprocidad de los deberes de prestación puede ser advertida en la fase genética de la relación, esto es, en el momento de su nacimiento, al

---

<sup>6</sup> En el sentido de este último requisito de interdependencia entre prestaciones es interesante la STS 181/2012, de 26 de marzo, en la que se indicó que las comisiones derivadas de un contrato de fianza que la afianzada debía satisfacer a la fiadora por haber pagado a acreedores suyos no eran recíprocas de ninguna obligación desarrollada por ésta, ya que las obligaciones que la fiadora había asumido no eran con la afianzada sino con sus acreedores. En tal caso no podía existir por tanto reciprocidad de prestaciones.

También se ha descartado que exista reciprocidad en los contratos de *swap* desvinculados de un contrato marco de operaciones financieras, pues en ellos sólo existen obligaciones para una de las partes, obligaciones que además son aleatorias, pues sólo serán exigibles en el momento de liquidarse la relación entre ambas (en este sentido STS 811/2012, de 8 de enero, o STS 797/2012, de 9 de enero).

perfeccionarse el contrato; a efectos del artículo 61 cuando la reciprocidad debe existir es posteriormente, después de declarado el concurso y en la que se viene a llamar fase funcional del vínculo o sinalagma. Se establece aquí una distinción entre sinalagma genético (reciprocidad existente al perfeccionarse el contrato) y sinalagma funcional (reciprocidad existente en la fase funcional del vínculo, de modo que declarado el concurso las obligaciones recíprocas de ambas partes todavía están pendientes de cumplimiento). Así pues, se entiende que las obligaciones que tuvieron inicialmente la condición de recíprocas la pierden si una de las partes ya tuviera cumplida su prestación en el momento de la declaración del concurso, habiendo desaparecido así la vinculación funcional entre prestaciones<sup>7</sup>.

En la práctica, la distinción entre sinalagma genético y funcional ha sido determinante concretamente para que los contratos de arrendamiento financiero o *leasing* se entiendan incluidos dentro del ámbito del art. 61.1 y no del 61.2. Mediante estos contratos, una parte se obliga a arrendar a otra un bien, a cambio del pago de cuotas parciales por ésta última. El sucesivo pago de cuotas hace que finalmente la arrendataria cubra el coste del bien, por lo que podrá optar por adquirirlo si así lo desea.

En efecto, como puede desprenderse de los caracteres de las obligaciones recíprocas que hemos señalado, los contratos de *leasing* tienen claramente obligaciones recíprocas: tienen causa en un mismo negocio; de ellos nacen deberes para las dos partes, que ocupan la doble posición de deudora y acreedora de la otra; y existe entre las obligaciones de las dos partes interdependencia, pues una funciona como contraprestación de la otra.

No obstante, cuando una vez declarado el concurso el arrendador haya puesto el bien objeto del contrato a disposición del arrendatario, se entiende que ha cumplido íntegramente con las obligaciones recíprocas a su cargo, y sólo permanece obligado el arrendatario a pagar las cuotas. En estos casos, el sinalagma funcional desaparece una vez declarado el concurso, pues en este momento sólo sigue obligada una parte, y el contrato se enmarca en el art. 61.1 en tanto en cuanto la otra ha cumplido íntegramente las obligaciones recíprocas a su cargo. Ello debe entenderse sin perjuicio claro está de

---

<sup>7</sup> Todos estos requisitos son reiterados por abundantísima jurisprudencia del TS en el marco del artículo 61 LC: STS 187/2014, de 2 de septiembre; STS 439/2016, de 29 de junio; STS 34/2013, de 12 de febrero; STS 494/2015, de 12 de septiembre; STS 652/2014, de 12 de noviembre o STS 647/2016, de 2 de noviembre.

que en el contrato se pudieran imponer más obligaciones al arrendador (el contrato se enmarcaría en el 61.2 si éste tuviera que realizar una inspección mensual del vehículo por ejemplo), pero es la solución que deberá darse cuando ello no ocurra.

Por otro lado, el TS ha mantenido que el arrendador no puede pretender que sus obligaciones de mantener al arrendatario en el uso y goce pacífico de la cosa, de dejar al arrendatario el bien de su propiedad o de no impedir el uso de las cosas por el arrendatario extiendan su obligación principal de poner el bien a disposición del arrendatario, ya que más que obligaciones que amplíen su conducta se tratan de deberes de conducta general, incluidos en el *pacta sunt servanda*, y el contenido sustancial o principal del contrato se ha cumplido ya con la entrega de la cosa. Este razonamiento es contrario a lo mantenido por algunos autores, que, antes de que surgiera esta doctrina jurisprudencial, consideraban el contrato de *leasing* como subsumible en el artículo 61.2 y no en el 61.1 arguyendo que este tipo de obligaciones del arrendador implicaban que el contrato estuviera pendiente de ejecución parcialmente por su parte<sup>8</sup>.

Como corolario de lo expuesto, podemos concluir que debemos entender reciprocidad como interdependencia entre las obligaciones de las partes, de modo que cada una sea deudora de la otra. Además, a efectos concursales, esta interdependencia entre obligaciones debe seguir existiendo una vez declarado el concurso, y no sólo cuando se perfecciona el contrato, de modo que si no se aprecia interdependencia en este momento por haber cumplido íntegramente una parte las obligaciones recíprocas a su cargo, el contrato se enmarcará en el artículo 61.1 y no en el 61.2 (que es lo que ocurre en el caso analizado del arrendamiento financiero).

---

<sup>8</sup> MARTÍNEZ FLÓREZ, A., “Comentario al artículo 61” en *Obra citada*, pág. 1.127.

#### **IV. LAS OBLIGACIONES RECÍPROCAS EN EL MOMENTO DE DECLARARSE EL CONCURSO**

##### **1. Situación en que se hallan las obligaciones recíprocas al momento de declararse el concurso**

En el momento de declararse el concurso, los contratos con obligaciones recíprocas de que es parte el concursado pueden hallarse en tres situaciones distintas:

a- Que declarado el concurso no hubiera cumplido íntegramente ninguna de las dos partes.

b- Que declarado el concurso hubieran cumplido íntegramente las dos partes.

c- Que declarado el concurso hubiera cumplido íntegramente una parte pero no la otra.

En el primer caso se produce falta de cumplimiento íntegro de las obligaciones recíprocas a su cargo por ambas partes. El contrato seguirá vigente y se enmarcará en el artículo 61.2.

El segundo caso no presenta relevancia a los efectos concursales aquí tratados, el contrato quedará extinguido al haber quedado satisfechas ambas partes íntegramente.

El tercer caso es el contemplado por la LC en el artículo 61, según el cual se distinguen dos situaciones: cuando hubiera cumplido íntegramente la parte *in bonis* antes de declarado el concurso, su crédito formará parte de la masa pasiva del concurso (deberá ser satisfecho por el concursado). Se tratará de un crédito concursal y el acreedor deberá insinuarse en el concurso para cobrarlo. En caso de que hubiera cumplido el concursado, tendrá un crédito frente a la contraparte, crédito que integrará la masa activa del concurso.

##### **2. El carácter íntegro del cumplimiento de las obligaciones**

A la vista de lo expuesto se aprecia que es de relevancia capital identificar cuándo existe cumplimiento íntegro de las obligaciones, pues en función de ello el caso concreto se enmarcará en una de las tres situaciones comentadas o en otra. Para



Martínez Flórez<sup>9</sup>, existirá cumplimiento íntegro por una de las partes cuando esa parte “*haya ejecutado las prestaciones a que se comprometió exactamente en los términos previstos en el contrato y el interés del acreedor haya quedado satisfecho*”. Es criticable la ambigüedad del término “*satisfacción*”, que parece dejar en todo caso al arbitrio de la contraparte el determinar si la obligación se ha cumplido íntegramente o no. Con mayor acierto, señala la misma autora una serie de requisitos objetivos que el cumplimiento debe cumplir para poder considerarse íntegro. Estos son que el cumplimiento sea *válida y efectivamente* realizado, no existiendo cumplimiento si el mismo fuese nulo o anulable. Además, se exige que el cumplimiento sea *regular y exacto* (1157 CC), esto es, ajustado a los términos del contrato.

La jurisprudencia ha delimitado el carácter íntegro del cumplimiento a efectos de incluir el contrato en el ámbito del artículo 61.1 o 61.2. En relación con las múltiples sentencias a que hemos hecho referencia en el punto anterior al tratar el *leasing*, es interesante recordar que hay que atender en primer lugar al contenido del contrato para analizar qué obligaciones tiene cada parte y su carácter. El contenido del propio contrato será por tanto la primera fuente a la que acudir para determinar si las partes han cumplido íntegramente sus obligaciones o no. Este mismo argumento se indica en la STS 235/2013: “*la conclusión en que se basa la sentencia recurrida –que consideró de aplicación en artículo 61.1 por cumplimiento íntegro de las obligaciones por una parte-) resulta conforme no sólo con las alegaciones de la propia demandante, sino también con el contenido del contrato de financiación, del que no resulta que la ahora recurrente hubiera quedado obligada a conceder más crédito del ya concedido a Autocirsa*”.

Por otro lado, la STS 943/2012, de 7 de marzo de 2012, determinó que un contrato de compraventa en que al declararse el concurso una parte debía pagar todavía parte del precio de la compraventa y la otra otorgar escritura pública libre de compraventa, era incluible en el artículo 61.2 ya que ninguna de las dos partes había cumplido íntegramente con sus obligaciones.

Con ello pretendemos reflejar que el carácter íntegro o no del cumplimiento dependerá mucho del caso concreto y de las obligaciones que cada una de las partes tenga conforme a lo establecido en el contrato.

---

<sup>9</sup> MARTÍNEZ FLÓREZ, A., “Comentario al artículo 61” en *Obra citada*, p. 1126.

Antes de finalizar con este extremo, debemos hacer una breve referencia al carácter de las obligaciones accesorias que existieran entre las partes.

En efecto, en ocasiones el incumplimiento de las prestaciones accesorias puede dejar sin sentido a la obligación principal ya cumplida a que acompañan, haciendo que el contrato no se pueda considerar cumplido íntegramente. Cuando ello ocurra y exista reciprocidad funcional entre estas obligaciones accesorias y las obligaciones de la contraparte, el contrato se incluirá en el artículo 61.2, por falta de cumplimiento íntegro. Es lo que ocurriría, pongamos por caso, si se produjera la entrega de una máquina de funcionamiento complicado pero sin poner a disposición del comprador la hoja de instrucciones. La obligación de entrega (principal) de la cosa se habría cumplido, pero la falta de entrega de las instrucciones (obligación accesoria) la haría estéril, implicando la falta de cumplimiento íntegro, ya que el contenido esencial del contrato no se habría satisfecho.

No puede decirse lo mismo cuando las obligaciones accesorias que faltan por cumplir sean mínimas o poco importantes. El incumplimiento de obligaciones de escasa entidad no supondría falta de cumplimiento íntegro de la obligación principal, y por tanto no haría que el contrato se introdujera en el supuesto del artículo 61.2. Es el caso de quien se obligara a vender una casa y la entregara sin las llaves de los pequeños armarios de una de las habitaciones.

Considerar que un contrato se ha cumplido íntegramente o no, no es cuestión baladí. En efecto, considerar que el contrato no se ha cumplido íntegramente hace que éste siga vivo, convirtiendo al crédito de la parte *in bonis* en crédito contra la masa conforme al artículo 61.2. Además, conforme al art. 62, dicha parte podrá solicitar la resolución del contrato por incumplimiento del concursado, que puede ser incluso anterior a la declaración del concurso si el contrato entre ambos era de tracto sucesivo. Mientras, considerar que el contrato ha sido cumplido íntegramente por la parte *in bonis* convierte al crédito que ésta puede tener en concursal, con todo lo que de cara a la probabilidad de cobro ello conlleva, e impide que se pueda llevar a cabo la resolución.

Para poder responder acertadamente a una cuestión de consecuencias tan relevantes, Martínez Flórez acude a observar si la entidad del incumplimiento es tal que da lugar a

una acción de resolución por incumplimiento<sup>10</sup>. Cuando, el incumplimiento sea mínimo y por ende no permita resolver, el contrato deberá considerarse cumplido a los efectos aquí considerados. Pero cuando el incumplimiento sí pudiera dar lugar a una resolución (lo que sucedería en el caso de la máquina) el contrato no podría entenderse íntegramente cumplido, por más que lo que faltara por cumplir fuera una obligación accesoria. En los casos en que cupiera resolución el contrato debería entenderse enmarcado en el artículo 61.2.

### **3. Efectos de la falta de cumplimiento íntegro de las obligaciones recíprocas sólo por una de las partes**

Como se vio, la falta de cumplimiento íntegro de las obligaciones de una de las partes cuando la otra ya ha cumplido sus obligaciones recíprocas íntegramente implica que esta última tenga un crédito contra aquella, encuadrándose este supuesto en el artículo 61.1. El crédito integrará la masa activa si quien incumplió fue la parte no declarada en concurso, y será concursal si incumplió el concursado. Por otro lado, si ninguna de las partes ha cumplido sus obligaciones recíprocas de manera íntegra el contrato seguirá produciendo todos sus efectos conforme al artículo 61.2.

## **V. EL PRINCIPIO DE VIGENCIA DE LOS CONTRATOS CON OBLIGACIONES RECÍPROCAS PENDIENTES DE CUMPLIMIENTO**

### **1. Vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento a cargo de ambas partes**

El artículo 61.2 señala que los contratos con obligaciones recíprocas a cargo de cumplimiento por ambas partes al declararse el concurso seguirán en vigor, y no les afectará la declaración del concurso. En este punto es importante antes de nada tener en cuenta los conceptos explicados de reciprocidad y de integridad de la prestación, ya que si las obligaciones pendientes que median entre las partes no son recíprocas (STS 181/2012, de 26 de marzo) o se han cumplido íntegramente por una de ellas

---

<sup>10</sup> MARTÍNEZ FLÓREZ, A., “Comentario al artículo 61” en *Obra citada*, p. 1130.

(recordemos las muchas sentencias relativas al contrato de *leasing* que se han expuesto) procederá descartar de entrada enmarcar los contratos que las contemplen en el artículo 61.2. Sólo en caso contrario, cuando declarado el concurso existan obligaciones que sean recíprocas y que estén pendientes de cumplimiento íntegro por ambas partes, será de aplicación el artículo 61.2.

## **2. Carácter contra la masa de las prestaciones a que esté obligado el concursado.**

### **Distinción entre contratos de tracto sucesivo y contratos de tracto único**

Hecho este matiz, procede comentar la segunda parte del art. 61.2. Ésta afirma que los créditos de la parte *in bonis* por las prestaciones que el concursado deba realizar deberán satisfacerse con cargo a la masa. Es decir, el contrato proseguirá y el concursado deberá cumplir lo que deba con cargo a la masa. No hay discusión y es pacífico el afirmar que los créditos por prestaciones que el concursado deba realizar después de declarado el concurso son contra la masa. El problema viene cuando se debe determinar si los créditos por prestaciones no realizadas antes de la declaración del concurso deben ser satisfechos también contra la masa o en el concurso. Es decir, si el concursado debió haber realizado una prestación antes de declarado el concurso y no la efectuó, ¿deberá satisfacerse ésta contra la masa o se tratará de un crédito concursal? En este caso, es preciso realizar una distinción entre los contratos de tracto sucesivo y los contratos de tracto único:

Los contratos de tracto sucesivo son también llamados contratos de duración. Se caracterizan porque su cumplimiento o ejecución se extiende a lo largo del tiempo para satisfacer una necesidad duradera de una o de ambas partes. Puede tratarse de contratos en que una o ambas partes deban realizar una prestación de forma constante e ininterrumpida (suministro de energía eléctrica) o en que se reitera varias veces una misma prestación de ejecución instantánea (entrega de ciertos bienes el primer día de cada mes)<sup>11</sup>.

Al haber una necesidad duradera o permanente de una parte la prestación debe cumplirse con carácter sucesivo, continuado. Además, “*en los contratos de tracto sucesivo las prestaciones que se van realizando son susceptibles de un*

---

<sup>11</sup> MARTÍNEZ FLÓREZ, A., “Comentario al artículo 61” en *Obra citada*, págs. 1145-1146.

*aprovechamiento independiente en el sentido de que cada prestación singular satisface íntegramente el interés de ambas partes durante el correspondiente periodo, independientemente de las prestaciones pasadas o futuras de ese mismo contrato”*.<sup>12</sup>

Dicho esto, la interpretación que se hace del artículo 61.2 en relación con los contratos de tracto sucesivo dista mucho de ser unívoca. Por un lado, algunos autores lo relacionan con el art. 62.4. En éste, se indica que cuando se resuelva un contrato de tracto sucesivo se distinguirán los créditos por prestaciones debidas antes del concurso, que serán concursales, de aquellos por prestaciones que se tengan que realizar después de declarado el concurso, que serán contra la masa. Esta interpretación respeta el principio *par conditio creditorum*, tan presente en el concurso, e impide que se produzcan abusos por parte de aquellos que sean parte con el concursado en contratos de tracto sucesivo. En efecto, quienes estén ligados al concursado por un contrato de tracto sucesivo podrán “adelantar” en el cobro al resto de acreedores si se considera que todos sus créditos son contra la masa, y podrán “sobrecargar” tanto a ésta que al final no quede prácticamente nada con que satisfacer al resto de acreedores<sup>13</sup>.

Los defensores de esta tesis alegan que el motivo de que la ley exija satisfacer contra la masa las prestaciones debidas por el concursado en los contratos de tracto sucesivo es que el concurso va a recibir de la parte *in bonis* una efectiva contraprestación, que ya habría recibido en el caso de los créditos antiguos<sup>14</sup>, por lo que estos últimos tendrían que considerarse créditos concursales.

Pese a que dichos pronunciamientos existen, la doctrina mayoritaria<sup>15</sup> aboga por una interpretación literal del artículo 61.2, conforme a la cual todos los créditos que deba satisfacer el concursado serán pagaderos con cargo a la masa.

A esta tesis respaldan varios aspectos, como la literalidad de la norma, la unidad de los contratos de tracto sucesivo y la inexistencia de un precepto que se refiera a las prestaciones divisibles. La línea de pensamiento argüida por los seguidores de esta

---

<sup>12</sup> STS 510/2013 de 25 de julio.

<sup>13</sup> En este sentido existen pronunciamientos jurisprudenciales, pero de juzgados menores, y además bastante antiguas, como la SJM Córdoba (núm. 9) de 8 de julio de 2005; la SJM de Barcelona (núm. 2) de 21 de julio de 2005 o la SJM de Asturias de 3 de febrero de 2006.

<sup>14</sup> MONTSERRAT VALERO, A., “Los efectos generales de la declaración del concurso sobre los contratos bilaterales”, en *ADCo*, nº 14, (2008), pág. 86; JUAN Y MATEU, F., “Los contratos de suministro en el concurso de la parte suministrada”, en *ADCo*, nº 13, (2008).

<sup>15</sup> GÓMEZ MENDOZA, M., “Prestaciones anteriores al concurso en los contratos con obligaciones recíprocas”, en *RDCP*, nº 4 (2006), págs. 121 y 122, MARTÍNEZ FLÓREZ, A., “Comentario al artículo 61” en *Obra citada*, pág. 1145.

corriente se relaciona con la virtualidad del principio *par conditio creditorum*, puesta de manifiesto por doctrina<sup>16</sup> y jurisprudencia<sup>17</sup>, conforme a la cual dicho principio no es absoluto sino que en ciertos casos puede verse difuminado, siendo ello precisamente lo que ocurre con el propio 61.2, cuando, en perjuicio del resto de acreedores, se establece el carácter contra la masa de los créditos que tenga contra el concursado quien sea parte con él en un contrato con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento.

Para Martínez Flórez, la posibilidad que (según el art. 62.1) tiene la *parte in bonis* en los contratos de tracto sucesivo de resolver el vínculo contractual en caso de incumplimiento del concursado anterior a la declaración del concurso es una evidencia de que el vínculo que los unía sigue activo tras la declaración del concurso, y esta existencia del vínculo protege a la parte *in bonis* y determina que los créditos que pudiera tener por prestaciones anteriores a la declaración del concurso deban satisfacerse con cargo a la masa. Al seguir activo el vínculo contractual debe protegerse a la parte cumplidora, y ello se hace más estableciendo que sus créditos son contra la masa.

En nuestra opinión, en esta cuestión es importante la diferencia de soluciones que da la ley para los casos en que los contratos de tracto sucesivo se resuelvan o sigan vigentes. En caso de resolución, el art. 62.4 establece expresamente una distinción entre créditos por prestaciones anteriores a la declaración del concurso y créditos por prestaciones posteriores a la declaración del concurso. Los primeros son créditos concursales y los segundos se satisfacen con cargo a la masa. Pero para los casos en que los contratos de tracto sucesivo sigan vigentes esta distinción no se efectúa en el art. 61.2. En él sólo se indica que las prestaciones que deba realizar el concursado en caso de que el contrato siga vigente deberán satisfacerse con cargo a la masa.

Dicha diferencia de respuestas legales en uno y otro caso es un criterio poderoso para optar por una interpretación literal de este artículo y considerar contra la masa todas las prestaciones a que esté obligado el concursado. La continuación del contrato es el supuesto frontalmente opuesto a la resolución del mismo, por lo que consecuentemente sus soluciones deben ser distintas, de modo que si en un caso (resolución) se distinguen prestaciones anteriores y posteriores a la declaración del concurso, en el otro, por ser el

---

<sup>16</sup> VILLORIA RIBERA, I., “El mito de la *par conditio creditorum*”, en *RDCP*, nº 9 (2008)

<sup>17</sup> SAP Barcelona (Sección 15ª), de 5 de octubre de 2006.

polo opuesto y por no preverse en la legislación, ello no debe hacerse así. Además, esta solución de considerar pagaderos contra la masa los créditos por prestaciones anteriores es coincidente con la que da la jurisprudencia (al interpretar el artículo 62.3) en caso de que los contratos de suministro se mantengan pese a existir causa de resolución por incumplimiento del concursado anterior a la declaración del concurso<sup>18</sup>.

Por otro lado, se trata de una solución lógica, toda vez que trata de asegurar mínimamente la posición de una parte *in bonis* a la que se está imponiendo el sacrificio de seguir ligada a un contrato con una persona que ha incumplido prestaciones incluso antes de ser declarada el concurso. El mantenimiento de un contrato en estas condiciones hace que se trate de garantizar, al menos, el cobro por la parte *in bonis* estableciendo que todos sus créditos sean contra la masa.

Por su parte, los contratos de tracto único se caracterizan porque existe una necesidad no permanente en el tiempo ni duradera y por lo tanto una sola obligación mediante la cual satisfacerla y no varias. Hasta aquí pareciera que no tendría que haber problemas en la aplicación del artículo 61.2, pues si la prestación es unívoca la solución es fácil: si el concursado ha incumplido su obligación antes de ser declarado el concurso y la parte *in bonis* ha cumplido la suya (y recordemos, siempre que las dos sean recíprocas) ésta última deberá insinuarse en el concurso como poseedora de un crédito concursal, mientras que si el contrato sigue vigente por no haber cumplido ninguna parte antes de la declaración del concurso, las prestaciones que deba realizar el concursado serán satisfechas con cargo a la masa.

El problema no obstante se produce porque la obligación, pese a ser una sola, puede fraccionarse en prestaciones parciales. Esta situación concreta se produjo en un caso que llegó al Tribunal Supremo y que consistía en un contrato de arrendamiento de obra en que el concursado debía efectuar al contratista una serie de pagos fraccionados, tanto antes como después de la declaración del concurso, a cambio de que éste ejecutara la obra, también de modo fraccionado. Ocurrió que el concursado incumplió su obligación de satisfacer los pagos debidos antes de la declaración del concurso (nótese como venimos advirtiendo que existían obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento íntegro –la realización de la obra por una parte y el pago del precio por otra- y por ende cabía aplicar el art. 61.2).

---

<sup>18</sup> Ver a este respecto las SSTs 145/2012 y 161/2012, ambas de 21 de marzo.

El contrato de arrendamiento de obra fue definido por el TS como un contrato de tracto único, pues aunque se lleve a cabo de manera diferida en el tiempo para facilitar su cumplimiento, su objeto es uno solo: la obra en sí misma o resultado final del trabajo. En este caso, El TS consideró, en sentencia 632/2014, de 18 de noviembre, que todos los pagos que debía realizar el concursado serían satisfechos con cargo a la masa, tanto los referentes a prestaciones debidas antes como después de la declaración del concurso. A esta conclusión llegó partiendo de que el precio debido por el concursado, pese a diferirse en el tiempo antes y después de la declaración del concurso, era una prestación única. Los principios de identidad e integridad de la prestación debida (arts. 1157, 1166 y 1169 del Código Civil), obligaban a satisfacer el total precio de la obra convenida con cargo a la masa, tanto las facturas giradas antes de la declaración de concurso como las devengadas después. La unidad de la prestación y su no independencia ni autonomía implicaron que la prestación tuviera que satisfacerse con cargo a la masa.

La doctrina, en lo referente a los créditos derivados de prestaciones incumplidas antes de la declaración del concurso en contratos de tracto único, distingue los contratos de tracto único en que las prestaciones fraccionadas constituyen un todo unitario de las que no<sup>19</sup>. Cuando constituyen un todo unitario, considera que todas las prestaciones deben ser satisfechas con cargo a la masa, como en el caso de la sentencia que acabamos de comentar. Pero cuando no constituyen un todo unitario sino que se tratan de prestaciones diferentes y autónomas entre sí, las debidas antes de la declaración del concurso se deberán satisfacer en el mismo, y las debidas después con cargo a la masa.

## **VI. LA FACULTAD DE RESOLVER EN INTERÉS DEL CONCURSO**

### **1. La facultad de resolver el contrato en interés del concurso**

Sentado el principio de vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento íntegro por ambas partes, el segundo párrafo del art. 61.2 establece una excepción al mismo e indica que dichos contratos, pese a que en principio deban permanecer vigentes, pueden ser resueltos por el juez si así lo requiere el interés del concurso. Esta es una especialidad que demuestra la peculiaridad del concurso de acreedores.

---

<sup>19</sup> MARTÍNEZ FLOREZ, A., “Comentario al artículo 61” en *Obra citada*, pág. 1146.



En efecto, el carácter contra la masa que, conforme al principio de vigencia, tienen los créditos generados con posterioridad a la declaración del concurso, puede implicar una sobrecarga de la masa que haga necesaria una resolución tempestiva pese a no existir incumplimiento propiamente dicho que la justifique. El presupuesto para poder resolver estos contratos vigentes no es por tanto el incumplimiento sino el interés del concurso, que deberá ser indiciado por la administración concursal, en caso de suspensión, o por el propio concursado, en caso de que no se le haya suspendido en sus facultades sino que simplemente se halle sometido a intervención de aquella. Dicho interés del concurso se producirá en los casos en que los acreedores del concursado obtengan con la resolución del contrato un grado de satisfacción mayor del que obtendrían si éste siguiera vigente.

Aunque la doctrina ha precisado qué elementos deberán tenerse en cuenta para considerar cuál es la satisfacción de los acreedores, es necesario destacar que habrá que atender a cada caso concreto, pues lo mismo que en un caso puede ser claramente beneficioso para los acreedores del concursado, en otro les puede perjudicar sobremanera. Entre estos elementos se ha señalado la necesidad de ponderar el importe del crédito a favor del concursado y la deuda a que tiene que hacer frente (de suerte que si aquél supera a ésta el contrato debería mantenerse); el considerar si el objeto del contrato que se recuperaría quedaría sometido a la liquidación concursal o no, y en caso afirmativo si dicha liquidación beneficia a los acreedores o les perjudica (porque el precio que se fuera a derivar de ella fuera inferior al que podría obtenerse de continuar el contrato); comparar si después de la resolución se podría firmar otro contrato con el mismo objeto pero en mejores condiciones para el concurso...

En cualquier caso, como indicamos, el TS indicó en una sentencia reciente (660/2016, de 10 de noviembre) que el interés del concurso debía ser analizado individualmente en cada caso concreto, y ponderando lo que de una parte ganaría el concursado con lo que de otra perdería<sup>20</sup>.

---

<sup>20</sup> En este caso, resolver el contrato de arrendamiento atendiendo a la renta potencial que podría obtener de otros arrendatarios en contraste con la que obtenía del actual no era criterio suficiente para declarar resolución, pues lo que la arrendadora ganase de un lado (diferencia de lo que un nuevo arrendatario le pagaría) lo perdería de otro (ya que tendría que indemnizar al arrendatario con cargo a la masa en esa misma cantidad, como indemnización por los daños y perjuicios causados atendido lo que le costaría vivir en una vivienda de condiciones similares).

Por otro lado, la resolución va a suponer la extracción de un bien de la masa activa del concursado, que volverá a formar parte del activo de la parte *in bonis*. Es por ello que la LC establece que la resolución deba ser decretada por el juez del concurso. La actuación del juez será distinta dependiendo de si hay acuerdo sobre la resolución entre las partes o no.

Si hay acuerdo su papel es limitado, y se limitará a dictar “*auto declarando resuelto el contrato de conformidad con lo acordado*”. Esto quiere decir que el juez deberá pasar por el eventual acuerdo de las partes en cuanto a la resolución y a sus efectos. Lo anterior parece indicar que en caso de que este acuerdo no fuera beneficioso para el concurso lo debería seguir aprobando. No obstante, si ello ocurriera y se hubiera acordado una resolución que fuera perjudicial para el interés del concurso, el concursado podría pasar del régimen de intervención al de suspensión (art. 40.4) y los administradores concursales podrán incurrir en responsabilidad (art. 36) y ser separados de su cargo (art. 37).

Ahora bien, no parece que el juez tuviera que estar obligado a aceptar cualquier acuerdo que permitiese resolver el contrato en interés del concurso. Puede haber casos en que semejante poder de disposición sea empleado por las partes con intenciones fraudulentas, perjudicando los eventuales derechos sobre la masa que pudieran tener otros acreedores. Por ejemplo, un eventual acuerdo entre el concursado y un acreedor puede suponer la extracción de la masa de bienes con que se podría satisfacer al resto, y este acuerdo no tiene por qué ser beneficioso para el concurso. En estos casos, pareciera que la actuación que se impone al juez en esta sede es similar a la de practicar una homologación judicial sobre un acuerdo, que no podrá llevar a cabo si observa que éste se ha practicado fraudulentamente o perjudicando a terceros.

Si no hubiera acuerdo entre las partes en cuanto a la resolución del contrato y sus efectos, se seguirá el procedimiento establecido en el artículo, y el juez deberá decretar si procede o no la resolución en interés del concurso, así como sus efectos. Esto es lo que ocurrió en la STS 660/2016, de 10 de noviembre, a que antes hicimos referencia. El juez deberá ponderar en cada caso los eventuales efectos de la resolución y compararlos con los que pudieran derivarse del mantenimiento del contrato, para tomar finalmente la decisión que mejor se adapte al interés del concurso. Su resolución en tal caso tendrá carácter constitutivo y no declarativo como en el anterior.

En cuanto a los efectos de la resolución del contrato en interés del concurso, estos volverán a depender de si existe acuerdo entre las partes o no. Cuando exista acuerdo entre ellas, a éste deberá atenderse. En caso contrario “*el juez decidirá acerca de la resolución, acordando, en su caso, las restituciones que procedan y la indemnización que haya de satisfacerse con cargo a la masa*”.

Ante el silencio de la norma en relación a este extremo, creemos que los efectos de la resolución en interés del concurso deben ser los generales en sede concursal, o lo que es lo mismo, los previstos para la resolución por incumplimiento: eficacia liberatoria, hacia el futuro, de la resolución en los contratos de tracto sucesivo y, “*en su caso*”, eficacia restitutoria en los contratos de tracto único.

En efecto, en los contratos de tracto único, cuando al momento de la resolución hubiera sido ejecutada parcialmente alguna de las prestaciones por una de las partes sin contraprestación por la otra, se deberá restituir a la parte que cumplió la prestación, y si quien debe restituir esta prestación parcial es el concursado ello deberá hacerse con cargo a la masa (a menos de que la resolución hubiera sido acordada por las partes y hubieran indicado que la restitución se produjera en el concurso). En los contratos de tracto sucesivo, la eficacia será liquidatoria de la relación contractual, no procede en este caso restituirse nada ya que las distintas prestaciones son independientes y unas ya han satisfecho efectivamente el interés de la parte cumplidora, por lo que no tendría sentido restituir. Si alguna de las prestaciones no se hubiera satisfecho deberá liquidarse, y surgirá un crédito para la parte cumplidora, pero no deberán las partes restituirse nada. En coherencia con lo hasta aquí señalado, parece que el crédito de la parte *in bonis* sería concursal o contra la masa en función de si su crédito se debía antes o después de declarado el concurso.

Además de estas eficacias liberatoria y restitutoria (o liquidatoria), sí se indica en la LC que la resolución puede tener eficacia indemnizatoria. Ya que el contrato no va a ser cumplido, pueden producirse una serie de daños a la parte *in bonis*. En caso de que ésta los pruebe y el juez considere que concurren (o en caso de acuerdo si el concursado considera que debe indemnizarle), se deberá indemnizar a aquella también con cargo a la masa (a menos de que existiera acuerdo y éste dijera otra cosa).

La ley no indica nada en cuanto al plazo para solicitar la resolución en interés del concurso, lo que somete a la parte *in bonis* a una situación de incertidumbre permanente

sobre si el contrato va a permanecer o no<sup>21</sup>. La doctrina no es unánime en este extremo, algunos consideran que no procede esta resolución cuando ya sea posible la resolución por incumplimiento o, cuando requerido por la contraparte para que se pronuncie sobre sus intenciones en un plazo prudencial, el concursado no se pronuncie o lo haga en favor de la continuación del contrato<sup>22</sup>; mientras que otros consideran que existe un plazo razonable para solicitar la resolución en interés del concurso, que no puede exceder del que tiene la administración concursal para presentar su informe<sup>23</sup>.

Es importante volver a incidir en que para poder resolver un contrato alegando interés del concurso es preciso que en él existan obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes, ya que de otro modo esta resolución no podrá darse por no entrar en el ámbito del 61.2 sino del 61.1. Fue éste el caso tratado por el TS en sentencia 687/2011, de 11 de octubre, en la que se indicó que no procedía resolver un contrato de cesión de créditos entre la Unión Deportiva Las Palmas (cedente) y la Agencia Tributaria (cesionaria) pues dejaron de existir obligaciones recíprocas a cargo de ambas partes desde el momento en que la cedente se comprometió a ceder sus créditos y la cesionaria lo aceptó, teniendo ello carácter traslativo inmediato.

## **2. La norma sobre el cálculo de la indemnización en los contratos de arrendamiento financiero**

Finaliza el artículo 61.2 con un inciso introducido mediante la Ley 38/2011, de reforma de la Ley Concursal, y relativo a la resolución de los contratos de arrendamiento financiero. En él se indica que cuando estos se resuelvan, y a falta de acuerdo entre las partes, con la demanda incidental solicitando la resolución se acompañará tasación pericial independiente de los bienes cedidos que el juez podrá tener en cuenta al fijar la indemnización.

A raíz de la inclusión de este inciso, el TS conoció de varios recursos a través de los cuales se pretendía que aquél facultaba a resolver los contratos de arrendamiento financiero en cualquier caso, es decir, que modificaba la anterior doctrina

---

<sup>21</sup> MARTÍNEZ MARTÍNEZ, T., “Comentario al artículo 61” en *Comentario a la Ley Concursal*, 1ª Edición, 2016, Editorial La Ley Wolters Kluwer, pág. 818.

<sup>22</sup> VALPUESTA GASTAMINZA, E., “Comentario al artículo 62” en *Comentarios a la Ley Concursal*, 1ª Edición, 2004, Editorial Aranzadi, págs. 700-701.

<sup>23</sup> MARTÍNEZ FLÓREZ, A., “Comentario al artículo 61” en *Obra citada*, pág. 1151.

jurisprudencial a que hemos hecho referencia anteriormente y que da importancia al sinalagma funcional, permitiendo resolver dichos contratos aunque el vínculo funcional ya no existiera. El TS, en su Sentencia 647/2016, de 2 de noviembre, respondió a estos recursos manteniendo la línea jurisprudencial fijada hasta entonces. Es decir, en los contratos de arrendamiento financiero debe atenderse al clausulado del contrato para analizar si de lo dispuesto en él las obligaciones del arrendador se extinguen con la puesta a disposición al arrendatario del bien arrendado o no. En caso de que las obligaciones del arrendador se extingan con dicha puesta a disposición no procederá resolver el contrato, por estar incluido en el art. 61.1. Esta situación no cambia con la inclusión de este nuevo inciso, que se entiende aplicable sólo en relación con los casos en que sea posible resolver el contrato por existir obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes en el momento de declararse el concurso.

## **VII. INEFICACIA DE LAS CLÁUSULAS CONTRACTUALES QUE DISPONEN LA RESOLUCIÓN POR LA SOLA DECLARACIÓN DEL CONCURSO**

El art. 61.3 dispone la ineficacia de las cláusulas, abundantes en la práctica antes de su redacción, que establecen que el contrato se extinguirá o podrá resolverse por la mera declaración del concurso. Este inciso es coherente con el previsto en el art. 61.2 cuando indica el principio de vigencia de los contratos<sup>24</sup> pese a haberse declarado el concurso, y persigue que no pueda burlarse al resto de acreedores tan fácilmente como sería el caso si se pudieran introducir cláusulas como éstas, que supondrían la extracción de la masa activa de bienes y derechos que la conforman o podrían conformarla si el contrato siguiera en vigor.

La ineficacia sentada por este artículo se predica de las cláusulas de este tipo previstas en contratos con obligaciones recíprocas, pero no en otros contratos, que sí podrán declararse extinguidos por la declaración en concurso de una de las partes<sup>25</sup>. El contenido del artículo alcanzará de igual modo a aquellas cláusulas artificiosas que alegando otras razones (dificultad de cobro si la parte es declarada en concurso por

---

<sup>24</sup> Véase la relación entre ambos principios en el Comentario “Contrato y operaciones de descuento en el concurso de acreedores: rehabilitación de créditos o vigencia contractual”, de LARA GONZÁLEZ, R., en la revista jurídica de la editorial Sepin, nº2, 2º trimestre de 2009 (referencia del comentario: SP/DOCT/3970).

<sup>25</sup> En este sentido, serían válidas las cláusulas de este tipo previstas en contratos de sociedad; MARTÍNEZ FLÓREZ, A., Comentario al artículo 61 en *Obra citada*, pág. 1.156.

ejemplo), impliquen en el fondo una resolución contractual por la declaración del concurso, ya que éstas estarían defraudando por otra vía lo que el art. 61.3 pretende impedir<sup>26</sup>.

También predomina la tesis contraria a admitir la validez de las cláusulas que establecen la resolución del contrato por causas que, sin ser el propio concurso, vengan inducidas por él (disminución de las facultades de administración que el deudor tiene sobre su patrimonio o liquidación del mismo), salvo que las causas concretas sean justa causa para la resolución conforme a las normas generales de los contratos (imaginemos que se trataba de un contrato *intuitu personae* que no tiene sentido si se declara la suspensión del concursado en sus funciones).

No obstante, pese a no ser justa causa para poder extinguir o resolver un contrato, la declaración del concurso podrá justificar una resolución anticipada del contrato cuando las circunstancias evidencien de manera clara que éste no se va a cumplir<sup>27</sup>. En relación ello, debe señalarse que el art. 61.3 se refiere a las cláusulas que dispongan la extinción o la facultad de resolución por la mera declaración del concurso, pero no por otros motivos, como podría ser el incumplimiento real por parte del concursado, que es justa causa para resolver el contrato conforme al art. 62. Además, existen una serie de excepciones a esta regla general, como la prevista en el art. 63, conforme a la cual la extinción sí podrá producirse cuando esté prevista expresamente en una ley.

Así pues, podemos decir que como regla general los contratos con obligaciones recíprocas no se podrán resolver por la sola causa de declaración del concurso (ni por causas similares que artificiosamente traten de esquivar la aplicación del art. 61.3) pero que esta regla general sólo se refiere a la mera declaración del concurso como causa de extinción o resolución, y no a otros hechos como podrían ser el incumplimiento (producido ya o evidente) o la insuficiencia de masa activa para hacer frente a la obligación, y que por otro lado no es absoluta, pues existen una serie de excepciones a ella (como la del art. 63).

---

<sup>26</sup> SALELLES CLIMENT, J.R., “La vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas en el concurso”, en *Estudios sobre la Ley concursal: libro homenaje a Manuel Olivencia*, Vol. 3, 2005, pág. 3.118; GÓMEZ MENDOZA, M., “Los efectos del Concurso sobre los contratos: cuestiones generales” en *Estudios sobre la Ley concursal: libro homenaje a Manuel Olivencia*, Vol. 3, 2005 pág. 2.816.

<sup>27</sup> Ver a este respecto la STS 69/2013, de 13 de febrero.

## **VIII. FACULTAD DE RESOLVER LOS CONTRATOS POR INCUMPLIMIENTO**

### **1. La facultad de resolver los contratos por incumplimiento**

El artículo 62 sigue la línea del 61 y asienta un principio que podemos considerar lógico al estar tratando de contratos con obligaciones recíprocas: el de resolución por incumplimiento. En efecto, la capacidad de resolver los contratos sinalagmáticos está recogida en nuestro ordenamiento con carácter general en el artículo 1124 CC, de modo que la LC está recordando a las partes en contratos afectados por el concurso que van a poder seguir haciendo uso de esta facultad sin perjuicio de que su acuerdo esté afectado por un procedimiento concursal. La especialidad del concurso sobre el régimen general se manifiesta en la posibilidad que tiene el juez del concurso de rehabilitar estos contratos pese a que concurra causa de resolución por incumplimiento.

El artículo 62.1 alude a los contratos *a que se refiere el apartado 2 del artículo precedente* como aquellos que pueden ser resueltos. De este modo, sólo podrán resolverse por incumplimiento los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes al momento de declararse el concurso, que son aquellos a que se refiere el art. 61.2, y no los contratos con obligaciones recíprocas que hayan sido cumplidos íntegramente por una de las partes. Esta primera matización es importante y hace que nos remitamos a la explicación que dimos anteriormente de los conceptos de reciprocidad y cumplimiento íntegro, de análisis obligatorio para dilucidar si un contrato puede resolverse por incumplimiento o no<sup>28</sup>.

### **2. La distinción entre contratos de tracto sucesivo y tracto único y el problema de estos últimos**

Una vez determinado que el contrato se puede resolver por incumplimiento (por haber obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes) el art. 62.1 distingue dos supuestos: los contratos de tracto sucesivo y los de tracto único.

---

<sup>28</sup> Así, no podrían resolverse los contratos de *leasing* a que hemos estado haciendo referencia por haber cumplido íntegramente el arrendador (siempre, volvemos a reiterar, que en vista del contrato sus obligaciones se extinguieran con la puesta del bien a disposición del concursado).

En efecto, mientras que los contratos de tracto sucesivo pueden resolverse por incumplimiento tanto anterior como posterior a la declaración del concurso, parece que del literal de la norma los de tracto único sólo pueden resolverse por incumplimiento posterior a la declaración del concurso. Esto conllevaría un problema cuando los contratos de tracto único tuvieran prestaciones parciales o fraccionadas, habiéndose incumplido algunas de ellas antes de la declaración del concurso. En estos casos, según parece indicar este artículo, la parte *in bonis* no podría resolver el vínculo que le une al concursado en caso de que éste hubiera incumplido sus obligaciones parciales antes de la declaración del concurso, independientemente de que después de dicha declaración tuviera otras que seguir realizando.

Pensemos en un arrendamiento de obra con prestaciones fraccionadas en que el concursado incumplió sus obligaciones de pago antes de declarado el concurso. En este caso, según una interpretación literal de la LC, la contraparte no podría resolver pues el incumplimiento se habría producido antes de la declaración del concurso, y, por otro lado y dada la vigencia del contrato con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento (art. 61.2), seguiría obligada a cumplir la obra (aunque podría excepcionar que el contrato no ha sido cumplido por el concursado para negarse a llevar a cabo su prestación), debiendo el concursado pagar con cargo a la masa todas las prestaciones que tuviera que afrontar, tanto las debidas antes como después de la declaración del concurso. Esta solución legal deja a la parte *in bonis* dispuesta a cumplir en una situación de indefensión y prácticamente a la deriva, en una especie de limbo ya que ninguna de las dos partes va a cumplir (una porque no puede y la otra porque ante dicho incumplimiento no va a cumplir); pudiendo esta situación prolongarse indefinidamente, pues no cabe resolución.

Por ello, diversos autores<sup>29</sup> y también jurisprudencia menor<sup>30</sup> consideran que para evitar esta injusta situación procede aplicar las reglas generales de tutela a las partes en obligaciones recíprocas y permitir a la contraparte dispuesta a cumplir resolver el contrato por incumplimiento, aunque éste sea anterior a la declaración del concurso.

En nuestra opinión, otra posición en defensa de la parte *in bonis* consistiría en entender que, en ciertos casos, los incumplimientos parciales anteriores a la declaración

---

<sup>29</sup> MARTÍNEZ FLÓREZ, A., “Comentario al artículo 62” en *Obra citada*, págs. 1164-1165.

<sup>30</sup> SAP Valencia (Sección 9ª) de 29 de noviembre de 2010, SAP Alicante (Sección 8ª) de 9 de junio y 11 de octubre de 2010 y SAP Castellón (Sección 3ª) de 17 de enero de 2011, entre otras.



del concurso no revisten la gravedad ni el carácter esenciales que son necesarios en todo caso para poder resolver por incumplimiento. En efecto, sólo el incumplimiento esencial permite resolver un contrato, y el incumplimiento parcial de ciertas prestaciones por el concursado, en ciertos casos, podría no revestir dicho carácter esencial. Pensemos que el concursado debe pagar quinientos y antes de ser declarado en concurso debe, como pago parcial, sólo veinte. Un incumplimiento tan pequeño no podría considerarse resolutorio y por ende no debería implicar las consecuencias tan gravosas que acarrea la aplicación del artículo 62.1.

En circunstancias así, el contrato no debería entenderse incumplido, algo que sólo ocurriría si el concursado siguiera faltando a su deber de pago (ya declarado el concurso). Cuando ello ocurriera el incumplimiento esencial se habría producido una vez declarado el concurso, pero no antes, por lo que la posibilidad de resolver por incumplimiento sí cabría.

No obstante, no parece que estas tesis en defensa de la parte *in bonis* tengan muchos visos de prosperar, al menos no para los contratos en que no existan prestaciones parciales, ya que ya ha habido pronunciamientos del TS para estos casos en los que se ha indicado que los contratos de tracto único no van a poder ser resueltos si ya hubo un incumplimiento anterior a la declaración del concurso<sup>31</sup>. Antes bien, todos los casos en que el TS ha permitido resolver contratos de tracto único por incumplimientos del concursado han consistido en supuestos en que el incumplimiento se había producido después de dicha declaración<sup>32</sup>.

---

<sup>31</sup> Las Sentencias del Tribunal Supremo 505/2013 y 510/2013, de 25 de julio así parecen afirmarlo: *“Los contratos de ejecución fraccionada o separada en que la prestación es única, sin perjuicio de que se ejecute por partes, en atención a la dificultad de la preparación del cumplimiento, como en el contrato de obra, o para facilitar o financiar el cumplimiento, como en la compraventa a plazos, no dejan de tener esta consideración de contratos de tracto único, a los efectos del ejercicio de la facultad resolutoria dentro del concurso por incumplimiento. En nuestro caso, no existe duda de que el contrato de compraventa concertado entre las partes, al margen de que se hubiera diferido en el tiempo el cumplimiento de las prestaciones a que obligaba a una y otra parte, es de tracto único. (...) Después de la declaración de concurso, conforme al art. 62.1 LC (RCL 2003, 1748), la parte in bonis en un contrato de tracto único tan sólo podrá ejercitar la facultad resolutoria por incumplimiento de la concursada si el incumplimiento es posterior a la declaración de concurso. (...) Consiguientemente, cuando el incumplimiento sea anterior a la declaración de concurso, no cabrá instar la resolución del contrato de tracto único.”*

<sup>32</sup> A este respecto, el TS conoció de muchos recursos por incumplimientos contractuales de una promotora valenciana, TEMPLE, y aceptó la resolución siempre que el incumplimiento contractual resolutorio que a ella diera lugar se hubiera producido con posterioridad a la declaración del concurso de acreedores (STS 488/2013, de 22 de julio; 431/2013, de 3 de julio; 69/2013, de 26 de febrero; 457/2013, de 9 de julio; 469/2013, de 15 de julio y 473/2013, de 16 de julio)

Debemos recordar que en caso de que el incumplimiento anterior en estos contratos no fuera del concursado sino de la parte *in bonis* a aquél siempre le asistiría la facultad de resolver en interés del concurso conforme al artículo 61.2. De este modo, aunque no por incumplimiento, el concursado sí podría resolver los contratos de tracto único por incumplimiento anterior a la declaración del concurso.

Por otro lado, aunque la LC sea muy clara y los tribunales muy explícitos en su interpretación, nada obsta a las partes a resolver por ellas mismas un contrato de tracto único en el que el incumplimiento fue anterior a la declaración del concurso. Aunque resolver un contrato de tracto único por incumplimiento de una de las partes de sus obligaciones recíprocas anterior a la declaración del concurso no está permitido por la LC, prosperará la acción ejercitada por una de ellas por incumplimiento anterior de la otra cuando ésta última se allane<sup>33</sup>.

Adviértase que el hecho de que no se puedan resolver los contratos de tracto único en que el concursado ha incumplido antes de la declaración del concurso no quiere decir que estos contratos no tengan que ser cumplidos. Antes bien, conforme al principio de vigencia del art. 61.2, el concursado sigue estando obligado a cumplir estos contratos, obligación que deberá satisfacerse con cargo a la masa<sup>34</sup>. Mientras no lo haga, parece que la contraparte no estará obligada a cumplir lo que debe, pudiendo excepcionar ante los requerimientos del concursado que éste no ha cumplido. La otra solución posible sería que el concursado (o la administración concursal) solicitara la resolución del contrato basándose en el interés del concurso.

Una posibilidad que parece podría asistir a la parte *in bonis* para evitar una situación perpetua en que ninguna de las partes va a cumplir sus obligaciones sería la de denunciar el contrato unilateralmente conforme al art. 63. No obstante, como se verá más tarde<sup>35</sup>, no parece que pueda alegarse este extremo como justa causa para desistir, pues se estaría llegando por otra vía a lo que al final está prohibiendo el artículo 61.3.

Otra vía para solucionar estas situaciones eventualmente perpetuas, definidas previamente como enquistadas en una especie de limbo en el que ninguna parte va a

---

<sup>33</sup> En efecto, así se indicó en la STS 500/2016, de 19 de julio.

<sup>34</sup> Así lo han indicado las STS 505/2013 y 510/2013, ambas de 25 de julio, y la STS 632/2014, de 18 de noviembre. No obstante, adviértase de las pocas probabilidades que hay de que ello ocurra si ya ha habido un incumplimiento anterior a la declaración del concurso, de ahí la indefinición de la situación en que queda la parte *in bonis*.

<sup>35</sup> Véase a este respecto el punto XI.1

cumplir, consistiría en que la parte *in bonis* solicitara el cumplimiento del contrato conforme al art. 1096 CC. En relación con el art. 701 LEC, cuando el concursado no pudiera llevar a cabo dicho cumplimiento, se procederá a satisfacer a la contraparte en una “justa cantidad pecuniaria”. En otras palabras, esta facultad consistiría en solicitar el cumplimiento *in natura* de la obligación, y cuando éste no fuera posible pedir el cumplimiento por equivalente. De este modo, y ante la imposibilidad de resolver, para “desbloquear” la situación, la contraparte del concursado podría pedir el cumplimiento de la obligación de éste conforme al art. 1096 CC (cumplimiento al que el deudor, como hemos señalado, estaría obligado conforme al principio de vigencia sentado por el art. 61.2 LC), y en caso de que este cumplimiento no se produjese, o se pudiera producir, llevar a cabo el cumplimiento por equivalente previsto por la LEC.

### **3. El carácter del incumplimiento**

Habiendo hecho referencia ya al momento en que se tiene que producir el incumplimiento para que el contrato pueda resolverse, y que ello varía según el contrato sea de tracto único o sucesivo, debemos precisar que no cualquier incumplimiento justificará la resolución del contrato, sino sólo aquél que sea de entidad suficiente para ello, esto es, sólo podrá resolverse el contrato cuando el incumplimiento sea resolutorio<sup>36</sup>. La STS 69/2013, de 13 de febrero, es interesante en este punto pues indicó una serie de elementos que nos ayudan a descubrir qué clase de incumplimiento puede dar lugar a la resolución del contrato conforme al art. 62.1.

Desde este punto de vista, se indicó en ella que en primer lugar el incumplimiento resolutorio debe ser de entidad suficiente. Por entidad suficiente entendemos no un incumplimiento pequeño e insignificante sino que verdaderamente frustre las legítimas expectativas que tenía la parte que ejercita la acción. Una vez más, habrá que atender a cada caso para ver si las expectativas de las partes se frustran y el incumplimiento es o no de entidad suficiente. Si es de entidad suficiente, la posibilidad de resolver por incumplimiento podrá haberse convenido entre las partes, haberse producido *de facto* o incluso ser previsible. De hecho, en este caso la sentencia aceptó como válida la resolución ejercitada ante un incumplimiento resolutorio previsible.

---

<sup>36</sup> Ver *supra*, punto IV.2

Por otro lado, no obsta al ejercicio de la acción de resolución por incumplimiento que anteriormente se hubiera optado por exigir el cumplimiento al incumplidor. Se indica también que la posición del incumplidor que trata de resolver (aquí el comprador no había pagado todo y por tanto era incumplidor) está asimilada a la de quien cumplió cuando su incumplimiento está justificado en un incumplimiento anterior de la otra parte, que no puede escudarse en el incumplimiento de quien quiere resolver cuando este incumplimiento se base en un incumplimiento anterior suyo.

En definitiva, podemos concluir que en este punto, relativo al carácter del incumplimiento, no existen diferencias entre el régimen general y el previsto por la LC.

#### **4. El ejercicio de la acción resolutoria ante el juez del concurso**

Una vez declarado el concurso, la acción de resolución deberá interponerse ante el juez encargado del mismo, y se tramitará por el incidente concursal. Nada impide a la parte que ha cumplido ejercitar la acción de resolución antes de que se declare el concurso<sup>37</sup>, de hecho, esto sería lo mejor para ella si el incumplimiento se ha producido sobre un contrato de tracto único; pero tras la declaración es el juez quien tiene que conocer de la acción de resolución, debido a las consecuencias que el ejercicio de la misma puede desencadenar sobre la masa y también porque cabe la posibilidad, a la que luego nos referiremos, de que ante un incumplimiento de entidad resolutoria suficiente el juez considere que el contrato debe mantenerse en interés del concurso.

De este modo, el juez concursal podrá dar dos respuestas cuando conozca de una acción de resolución por incumplimiento: declarar procedente dicha resolución o imponer la continuidad del contrato cuando ello fuera más beneficioso para el concurso.

---

<sup>37</sup> De hecho, así ocurrió en el caso a que el TS dio respuesta en su ST 431/2013, de 3 de julio.

## **IX. LA DECISIÓN JUDICIAL DE LA CONTINUACIÓN DEL CONTRATO EN INTERÉS DEL CONCURSO**

Según el art. 62.3, aunque exista un incumplimiento de entidad y carácter suficientes como para resolver el contrato, el juez del concurso podrá ordenar el mantenimiento del mismo atendiendo al interés del concurso. Cuando ello ocurra, deberán satisfacerse con cargo a la masa las prestaciones debidas o que deba realizar el concursado.

### **1. La decisión judicial de la continuación del contrato en interés del concurso pese a existir causa de resolución**

Ejercitada la acción de resolución ante el juez del concurso, éste puede apreciar que el contrato es vital para el buen desarrollo del concurso, por un motivo u otro. Así, por ejemplo, puede considerarse vital para el éxito del concurso (y así es frecuente en la práctica) mantener un contrato de suministro de electricidad o energía sin el cual el concursado se vería obligado a cerrar la planta donde desarrollase su actividad.

Cuando la ley permite al juez mantener el contrato pese a existir causa de resolución está pensando en la acción de resolución ejercitada por la parte *in bonis* ante un incumplimiento del concursado, pues el éxito de esta acción podría perjudicar al concurso. En efecto, la parte *in bonis* piensa en su beneficio, no en el del concurso. Por otro lado, si el incumplimiento fuera atribuible a la parte *in bonis* y al concurso beneficiara el mantenimiento del contrato, el concursado o la administración concursal no deberían ejercitar una acción de resolución sino de cumplimiento, pues a diferencia de la contraparte, ellos sí deben proteger el interés del concurso. A este respecto, el interés del concurso no puede ser invocado por la parte *in bonis* para tratar de enervar una acción de resolución, ejercitada por el concursado por incumplimiento de aquella, ya que el citado interés ya habrá sido valorado precisamente por la administración concursal o el concursado al ejercitar la acción en que dicha resolución se solicita.<sup>38</sup>

Cabe decir que si el concursado o la administración concursal ejercitaran la acción de resolución, o no defendieran la continuación del contrato siendo ello más beneficioso para el concurso, el juez podría seguir acordando el mantenimiento del contrato. A diferencia de lo que comentamos en relación a la resolución en interés del concurso, en

---

<sup>38</sup> Ello se indica en la STS 63/2015, de 24 de febrero.

el ámbito del artículo 62 el posible acuerdo de las partes para resolver el contrato que las ligaba por incumplimiento de alguna de ellas no vincula al juez, que tomará la decisión que considere oportuna. De hecho, en caso de que considere que los intereses del concurso no han sido defendidos por quienes debían hacerlo, el juez podría separar a los administradores concursales de su cargo (art. 37) o pasar del régimen de intervención al de suspensión (art. 40.4).

Al igual que cuando el juez ordena la resolución de un contrato en interés del concurso pese a no tener por qué existir causa de resolución, el elemento básico para poder dictaminar ahora el mantenimiento del contrato en interés del concurso es el grado de satisfacción de los acreedores concursales, que deberán obtener con el mantenimiento del contrato un interés superior al que obtendrían en caso de resolución. En el caso antes comentado, el mantenimiento del contrato de suministro eléctrico en la planta en que trabaja el concursado puede beneficiar a sus acreedores más que su resolución, ya que de continuar trabajando podrá producir más activo y por tanto satisfacer a sus acreedores en mayor grado de cantidad y cuantía.

Apréciase que el juez no podrá ordenar el mantenimiento cuando, a pesar de que éste fuera más beneficioso que la resolución, no existiera suficiente activo en la masa para hacer frente al mismo. En estos casos sería peor el remedio que la enfermedad, y se estaría sobrecargando a un patrimonio ya de por sí insuficiente, aumentando su deuda en lugar del haber. En este sentido se pronuncia la ley cuando afirma que deben ser a cargo de la masa las prestaciones a que esté obligado el concursado, la ley está presuponiendo que la masa es suficiente para hacer frente a las obligaciones del concursado. De este modo, no sería beneficioso para los acreedores mantener un contrato de suministro eléctrico que cuesta al concursado más de los beneficios que de él se derivan. En este caso, sería más productivo resolver el contrato, siendo los créditos por prestaciones anteriores a la declaración del concurso concursales y no contra la masa, y suscribir otro con unas condiciones más favorables.

## 2. Carácter contra la masa de las prestaciones a que estuviera obligado el concursado

En caso de que el juez ordene el mantenimiento del contrato, las prestaciones “*debidas o que deba realizar el concursado*” se satisfarán con cargo a la masa. En este punto surgen dudas de interpretación, no quedando claro del literal del precepto si todas las prestaciones que debiera realizar el concursado deben satisfacerse con cargo a la masa o sólo aquellas a que estuviera obligado tras la declaración del concurso. Adviértase que esta duda sólo se debería plantear en cuanto a los contratos de trato sucesivo, pues los de tracto único no se pueden resolver por incumplimiento anterior a la declaración, de modo que la eventual resolución lo será en su caso por incumplimientos posteriores a dicha declaración, y si se rehabilita el contrato sólo podrán ser estas prestaciones las que deberán satisfacerse con cargo a la masa.

Pues bien, para los contratos de tracto sucesivo, el TS se ha pronunciado a este respecto indicando que deberán satisfacerse con cargo a la masa todas las prestaciones que deba realizar el concursado, tanto las debidas antes como después de la declaración del concurso<sup>39</sup>. Llega a esta conclusión en base a diversos motivos:

En primer lugar, de no seguir esta interpretación, la previsión (prevista en el art. 62.3) devendría superflua si se pusiera en relación con el art. 84.2, a cuyo tenor “*(t)endrán la consideración de créditos contra la masa los siguientes: 5. Los generados por el ejercicio de la actividad profesional o empresarial del deudor tras la declaración del concurso (...) 6. Los que, conforme a esta Ley, resulten de prestaciones a cargo del concursado en los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento que continúen en vigor tras la declaración de concurso (...)*”. Si la interpretación no fuera literal, sería innecesaria pues estaría diciendo lo mismo que estos preceptos, pero si se interpreta literalmente, este artículo cambia el sentido del 84.2.

En segundo lugar, el mantenimiento del contrato hace que el crédito que en origen era concursal se convierta en un crédito contra la masa, debido al sacrificio que dicho mantenimiento impone a la *parte in bonis*, que queriendo resolver y habiendo causa justificada para ello se ve obligada a mantener un contrato que no le es beneficioso. Esta es una garantía que se debe otorgar a quien se ve obligado a permanecer en un contrato

---

<sup>39</sup> En este sentido ver STS 145/2012 y STS 161/2012, ambas de 21 de marzo, relativas a los pagos que debe satisfacer el concursado a la compañía eléctrica encargada del suministro de energía para su fábrica.

pese a existir incumplimiento de la otra parte suficiente como para que se pudiera desligar, aunque el TS ya ha matizado que ni siquiera esto es defensa suficiente para la parte *in bonis*, indicando que “*como la realidad demuestra de forma tozuda y notoria, el hecho de que el crédito sea contra la masa garantice en modo alguno el cobro*”.

Por último, esta respuesta coincide con la prevista en los artículos 68 a 70 para los casos de rehabilitación de contratos. Aunque rehabilitar y mantener un contrato no es lo mismo, la idea de fondo que permite llevar a cabo una y otra acción es la misma: la necesidad de que la masa, en cuyo interés se mantienen contratos en los que existe causa de resolución, responda frente a quienes se ven impedidos para desligarse o rehabilitar un contrato ya resuelto. Además, el carácter contra la masa de estos créditos responde la idea de “garantías” que señala la Exposición de Motivos cuando indica que “*en interés del concurso y con garantías para el derecho de la contraparte, se prevé tanto la posibilidad de una declaración judicial de resolución del contrato como la de enervarla en caso de que exista causa para una resolución por incumplimiento*”.

Además, como comentamos anteriormente, parece que el mantenimiento de un contrato debe seguir la solución opuesta a la prevista para su resolución, no siendo lógico ni consecuente asimilar las consecuencias de la resolución con las del mantenimiento<sup>40</sup>.

La interpretación literal del precepto, que es la que se lleva a cabo, es criticada por algunos autores en tanto en cuanto supone dejar a los acreedores del concursado vinculados a él por contratos de tracto sucesivo que sean vitales para la continuación de su actividad y que sean los más favorables del mercado (pues de no serlo el contrato podría resolverse para acudir a uno más ventajoso) en una posición privilegiada. En efecto, conscientes de la importancia para el concursado del contrato que con ellos le liga, y de la inexistencia de otros en mejores condiciones, estos acreedores pueden solicitar la resolución ante el juez a sabiendas de que éste determinará el mantenimiento del contrato y el carácter contra la masa de todas las prestaciones que se les deba.

Para evitar estas consecuencias, debe entenderse que la opción favorable a mantener el contrato presupone que exista verdaderamente causa de resolución, debiendo ser el

---

<sup>40</sup> Véase *supra* punto V.2



incumplimiento del concursado de entidad suficiente como para atraer las consecuencias del art. 62.3, y no un incumplimiento sin importancia o de escasa entidad.<sup>41</sup>

## **X. EFECTOS DE LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO POR INCUMPLIMIENTO**

Tras el paréntesis relativo al mantenimiento de los contratos efectuado por el art. 62.3, el art. 62.4 vuelve a incluirse en la tónica general del artículo 62, que es la de referirse a la resolución de aquellos. Concretamente, este precepto hace referencia a los efectos de la resolución. El precepto fue interpretado por la STS 500/2016, de 19 de julio, que distinguió los efectos de la resolución según los contratos fueran de tracto sucesivo o de tracto único, y que utilizaremos para explicar este extremo.<sup>42</sup>

En los contratos de tracto sucesivo, nacen obligaciones para las partes de modo sucesivo, periódico. Las prestaciones que ambas partes deben cumplir se circunscriben a períodos temporales determinados y autónomos unos de otros. En estos períodos de tiempo, las partes ven satisfecho su interés de manera recíproca y completa, e independiente de los demás momentos periódicos en que deban cumplirse las demás prestaciones, en los que el interés a ellos circunscrito puede verse satisfecho o no. Por ello, en los contratos de tracto sucesivo no tiene sentido un efecto restitutorio asociado a la resolución, que tiene eficacia *ex nunc* y no *ex tunc*, procediendo hablar en su lugar de efecto liquidatorio. Además de éste, los efectos de la resolución de estos contratos serán liberatorios y, en su caso, indemnizatorios:

El efecto liberatorio implica que las partes no van a seguir obligadas a cumplir las prestaciones pendientes de vencimiento, que debieran realizar en el futuro<sup>43</sup>. Estas obligaciones quedarán extinguidas.

---

<sup>41</sup> Así lo considera MARTÍNEZ MARTÍNEZ, T., en su “Comentario al artículo 62” en *Comentario a la Ley Concursal*, pág. 842.

<sup>42</sup> Con respecto a esta resolución, y a lo que señala sobre los efectos de la resolución del contrato por incumplimiento, véase ZURUTUZA ARIGITA, I., “El crédito restitutorio de la parte de la parte *in bonis*: calificación y elementos para su análisis”, en *ADCO*, nº 41, 2017, páginas 223 a 238.

<sup>43</sup> Aunque la sentencia no lo indique, parece que este efecto se predica también de las prestaciones vencidas pero incumplidas por ambas partes (estando en mayo, se produjo una falta de entrega y también del pago relativo al mes de enero; estas obligaciones vencidas quedarían extinguidas).

El efecto liquidatorio se predica de las obligaciones vencidas y que hubieran sido cumplidas por una parte pero no por la otra. En estos casos, el carácter autónomo de la prestación cumplida por una sola parte hace que no tenga sentido que las dos se tengan que restituir todo a lo que se comprometieron, sino que la parte que cumplió tenga un crédito contra la que incumplió. Este crédito será concursal si el incumplimiento fue anterior a la declaración del concurso o contra la masa si el incumplimiento se produjo después de dicha declaración.<sup>44</sup>

El efecto indemnizatorio procede en caso de que se acrediten daños y perjuicios por el incumplimiento, daños y perjuicios que deben satisfacerse con cargo a la masa cuando el incumplimiento procediera de la concursada.

Por su parte, en los contratos de tracto único los efectos de la resolución son distintos, pues en ellos no existen diversas prestaciones distintas, autónomas e independientes entre sí, sino que sólo existe una única prestación. Aunque ésta pueda fraccionarse, el cumplimiento parcial de la obligación no satisface el interés y la obligación correlativa de la contraparte. En una compraventa, si la casa vale un millón y se pagan quinientos mil, este pago no satisface nada pues no responde a ninguna contraprestación por sí mismo. Por eso, además del efecto liberatorio (en virtud del cual, siguiendo el mismo ejemplo, las partes ya no estarían obligadas a pagar por la casa –la compradora- ni a entregarla –la vendedora-) la resolución tiene efectos *ex tunc*, restitutorios, debiendo ambas partes restituir lo percibido. La vendedora debería restituir los quinientos mil si el contrato se resolviera porque quien los pagó no ha obtenido nada a cambio por ellos.

Como los contratos de tracto único sólo pueden resolverse por incumplimiento posterior a la declaración del concurso, el crédito restitutorio de la parte *in bonis* (imaginemos que es la que pagó los quinientos mil) debe satisfacerse contra la masa, previsión que se acomoda a lo dispuesto en el art. 61.2, que para los casos en que las obligaciones estaban pendientes de cumplimiento al tiempo de la declaración de concurso, califica como crédito contra la masa la obligación pendiente de cumplimiento por la concursada.<sup>45</sup>

---

<sup>44</sup> En este caso nada se indica en caso de que el incumplimiento fuera de la contraparte y no del concursado, pero parece que éste tendría un crédito contra aquella por el importe de la prestación efectuada.

<sup>45</sup> En la sentencia que estamos comentando, se declaró la resolución de un contrato de tracto único por incumplimiento anterior a la declaración del concurso ya que el concursado se allanó a la acción de

## **XI. LA DENUNCIA UNILATERAL EN EL SENO DEL PROCEDIMIENTO CONCURSAL: SUPUESTOS**

### **1. La facultad de denuncia unilateral de los contratos en que es parte el concursado**

El artículo 63.1 señala que lo dispuesto en los artículos anteriores (el principio de vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por una o ambas partes) no afectará al ejercicio de denuncia unilateral que proceda conforme a la ley. Este artículo está recordando a las partes que podrán desistir unilateralmente del contrato cuando ello proceda conforme a la ley, aunque exista un principio que diga que los contratos deben seguir vigentes pese a la declaración del concurso. La doctrina tilda este recordatorio de innecesario, considerando que esta facultad de denuncia procedería aunque la LC no la previese.<sup>46</sup>

Mediante la facultad de denuncia, la parte que la ejerce decide desligarse unilateralmente de las obligaciones que la ataban a la contraria, desistiendo para lo sucesivo de proseguir ejecutando el contrato. En nuestro ordenamiento se prevén la denuncia *ad nutum*, o por libérrima decisión, y la posibilidad de denunciar un contrato cuando concurra justa causa para ello.

Si tenemos en cuenta el principio en virtud del cual nadie puede estar obligado a permanecer perpetuamente vinculado a otra parte en un contrato, la denuncia *ad nutum*, sin ser necesario que concurra una causa justa o relevante para poder llevarla a cabo, es lógica en cuanto a mecanismo de protección de la libertad de las partes frente a posibles vínculos perpetuos. A nivel concursal, la singularidad de esta institución reside en que es necesario que esté prevista en un precepto legal para poder llevarla a cabo. De no estar prevista en la ley, entendemos que ejercitar esta facultad iría en contra del espíritu de la LC, desvirtuando lo señalado en el artículo 61, cuando establece el principio de vigencia de los contratos.

---

resolución ejercitada por la contraparte. Cuando ocurran casos como éste, indicó el TS que “(a)l margen de si debía o no resolverse el contrato, porque el incumplimiento era anterior (a la declaración del concurso), si se resuelve, el efecto restitutorio se aplica indistintamente a todos los contratos y el crédito restitutorio de la parte *in bonis* es contra la masa.” Es decir, los efectos de la resolución serán en todo caso los comentados (restitutorios y contra la masa) cuando aquella, aunque no procediera, se produjese; a menos de que las partes hubieran establecido otra cosa, lo que ocurrió en este mismo caso: la restitución de la parte *in bonis* debía llevarse a cabo con cargo a la masa, pero comunicó que su crédito era concursal quedó vinculada por los efectos del convenio, en que su crédito se calificó como tal.

<sup>46</sup> Así, MARTÍNEZ FLÓREZ, A., “Comentario al artículo 63” en *Obra citada*, pág. 1175 o MARTÍNEZ MARTÍNEZ, T., en “Comentario al artículo 63” en *Comentario a la ley concursal*, pág. 846.

Pese a lo anterior, debemos advertir que existe en parte de la doctrina la idea de que la prohibición de los vínculos contractuales perpetuos legitima la denuncia *ad nutum* de los contratos de tracto sucesivo de duración indefinida<sup>47</sup>, aunque no esté prevista en la ley, existiendo posturas que defienden que en estos casos no podrá enervar el juez el desistimiento y dictaminar el mantenimiento del contrato, como sí puede hacer con la resolución<sup>48</sup>.

Sea como fuere, en nuestro ordenamiento la denuncia unilateral *ad nutum* está amparada en varios preceptos legales: art. 1594 CC, que permite al propietario de la obra desistir de la realización de ésta, indemnizando al contratista, arts. 1773 y 1736, referentes a la denuncia en los contratos de mandato o 1775 CC, relativo al contrato de depósito. En todos estos casos, ya que está previsto legalmente, procederá denunciar los contratos por declaración del concurso.

Además de esta capacidad de desistimiento para evitar vinculaciones perpetuas, existe en nuestro Derecho la posibilidad de denunciar un contrato cuando concurra justa causa para ello. Ello es una consecuencia del principio general de buena fe (arts. 1258 CC y 57 Ccom) y puede deducirse de preceptos como el 1707 CC, que permiten denunciar contratos de duración por justas razones. Es por ello que, en este punto, algunos autores consideran que los contratos en que es parte el concursado pueden ser denunciados cuando concurra justa causa para ello<sup>49</sup>.

No obstante, parece que cuando se alegara justa causa para denunciar estos contratos se podría estar desvirtuando la regla general de que la declaración del concurso no afecta a la vigencia de los contratos (art. 61.2) y la regla que establece la ineficacia de las cláusulas resolutorias por la mera declaración del concurso (art. 61.3)<sup>50</sup>. Por otro lado, para los casos en que concurriese justa causa para denunciar ya existe la resolución por incumplimiento como mecanismo de defensa previsto en el concurso. Aunque pareciera que el desistimiento por vía de la justa causa defiende más a la

---

<sup>47</sup> MARTÍNEZ FLÓREZ, A., en el “Comentario al artículo 63” en *Obra citada*, considera que es posible el desistimiento *ad nutum* y extrajudicial en los contratos de tracto sucesivo, aunque cumpliendo con el preaviso necesario impuesto por la buena fe.

<sup>48</sup> JUAN y MATEU, F., “Los contratos de suministro en el concurso de la parte suministrada”, en *ADCO*, (nº 13), 2008.

<sup>49</sup> Así, MARTÍNEZ FLÓREZ, A., en el “Comentario al artículo 63” en *Obra citada* considera que en ciertos casos concurrirá justa causa para poder resolver el contrato (pérdida de confianza en la capacidad del concursado para cumplirlo o insuficiencia del patrimonio concursal para satisfacer las deudas de la masa)

<sup>50</sup> Véase a lo indicado en este sentido en el punto VIII.2 *in fine*.

contraparte, pues no sería preciso tener que esperar a que se produjera el incumplimiento sino que bastaría que existiera justa causa para poder llevarlo a cabo, lo cierto es que, como vimos, el TS ha permitido resolver contratos en que es parte el concursado sin que el incumplimiento tenga que haber cristalizado, siendo posible resolver cuando el incumplimiento fuera más que probable atendiendo a las circunstancias concurrentes<sup>51</sup>.

Por ello, en definitiva, pareciera que la facultad de denuncia, como excepción al principio general de vigencia existente en ámbito concursal, asiste a las partes cuando esté previsto en la ley, y no cuando aleguen que concurre justa causa para denunciar, pues en esos casos podrían estar desvirtuándose artificiosamente las reglas de los artículos 61.2 y 61.3 y existe otro mecanismo previsto para solucionar los casos en que ello ocurra, que es la resolución.<sup>52</sup>

## **2. Normas legales que disponen expresamente o permiten pactar la extinción del contrato en situaciones concursales o de liquidación administrativa**

En primer lugar, se hace precisa una delimitación del ámbito de esta regla, prevista en el art. 63.2, desde el momento en que la misma se refiere a “*situaciones concursales*” o de “*liquidación administrativa*” de una de las partes. En este sentido, existen normas no modificadas expresamente por la Ley Concursal que se refieren a la suspensión de pagos o al procedimiento de quita o espera o a la quiebra o al concurso. Al amparo de la Disposición Adicional primera de la LC, cuando dichas normas no modificadas indiquen que el contrato termina o puede terminar en caso de suspensión de pagos o de quita o espera habrá que entender que el contrato terminará o podrá terminar por la declaración del concurso; mientras, si dichas normas no modificadas aseveran que el contrato termina o puede terminar por concurso o quiebra habrá que entender que el contrato termina o puede terminar con la apertura de la fase de liquidación. Es por la existencia de estas normas no modificadas por la LC que el artículo se está refiriendo a

---

<sup>51</sup> Así señalamos que lo indicó la STS 69/2013, de 13 de febrero

<sup>52</sup> Por ello nos mostramos de acuerdo en este punto con la tesis sostenida por BONARDELL LENZANO, R., en *Estudios de derecho de sociedades y derecho concursal: libro homenaje al profesor Rafael García Villaverde*, Vol. 3, año 2007, pág. 1794.

situaciones concursales (suspensión de pagos o quita o espera) o a liquidación administrativa (concurso o quiebra).<sup>53</sup>

Pues bien, hecho este matiz, la regla del art. 63.2 supone que el principio de vigencia de los contratos pese a haberse declarado el concurso decaerá cuando una norma indique expresamente que ello sucede. Asimismo, los contratos podrán extinguirse por acuerdo entre las partes cuando una norma se lo permita expresamente. De este modo, el juego de esta norma con la del art. 61.2 implica que los contratos sigan vigentes y generando créditos contra la masa salvo que una ley disponga su extinción o salvo que las partes la pacten cuando una ley así se lo permita.

Dentro de los contratos que decaen cuando una norma indica expresamente que ello sucede podemos incluir el art. 1732.3º CC, que declara extinguido el mandato “*por concurso o insolvencia del mandante o mandatario*”<sup>54</sup>.

En cuanto a las leyes que expresamente permitan pactar la extinción de un contrato en caso de concurso podemos referirnos a la previsión contenida en la Propuesta de Código Mercantil de 2013, que contempla la posibilidad de que cualquiera de las partes dé por finalizado el contrato de distribución en cualquier momento y sin necesidad de preaviso cuando la otra hubiera sido declarada en concurso y siempre que así se hubiera pactado.<sup>55</sup>

Para Martínez Flórez, aunque la LC no se refiera a ellas, también serán válidas para enervar la regla general de continuación de los contratos un tercer tipo de normas: aquellas que facultasen a una o ambas partes para extinguir, sin necesidad de pacto, el contrato en caso de declaración del concurso de acreedores de una de ellas.

Dentro de este último grupo de normas, no previstas por el art. 63.2 de la LC, se enmarcaría el artículo 26.1.b) de la Ley del Contrato de Agencia, que permite a ambas partes del contrato de agencia poner fin al mismo en caso de declaración de concurso de

---

<sup>53</sup> MARTÍNEZ FLÓREZ, A., en “Comentario al artículo 63” en *Obra citada*, pág. 1180.

<sup>54</sup> La mala administración del mandatario de su propio patrimonio es la causa de que su concurso implique la extinción del contrato, y salvar las legítimas expectativas de los acreedores del mandante la causa de que el contrato se extinga cuando sea éste el declarado en concurso.

<sup>55</sup> Véase a este respecto LARA GONZÁLEZ, RAFAEL, “La facultad de resolución por causa concursal en los contratos de distribución: propuesta de Código Mercantil” en *Claves del derecho de redes empresariales (Business Networks Law Keys)* (Dir. Juan Ignacio Ruiz Peris), Editado por la Universitat de València, 1ª Edición, Valencia, 2017.

cualquiera de ellas, sin necesidad de preaviso ni de pacto y al margen de la duración del contrato<sup>56</sup>.

## **XII. LA REGULACIÓN DE LOS EFECTOS DEL CONCURSO SOBRE LOS CONTRATOS EN LA PROPUESTA DE TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY CONCURSAL**

Uno de los elementos más característicos que nos vienen a la cabeza cuando pensamos en la Ley Concursal es el carácter constantemente cambiante que ésta tiene, y la cantidad de reformas que ha sufrido y han hecho de ella un texto poco certero e imprevisible. Con ello se pretende acabar con una propuesta de texto refundido elaborada por una Ponencia especial de la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación.<sup>57</sup>

La propuesta, que ha tardado alrededor de un año en ver la luz desde que fuera puesta en marcha, pero que no ha entrado en vigor, haría de la LC un texto mucho más detallado, como demuestra el hecho de que esté compuesta por 751 artículos frente a los 242 de la norma actual. Aunque queda por delante ver si este proyecto prosperará o no, en a lo que nosotros interesa vamos a observar cómo quedan regulados los efectos del concurso sobre los contratos.

Los efectos del concurso sobre los contratos aparecen en el Capítulo IV del III Título de la Propuesta, dedicado a los efectos de la declaración del concurso. El Capítulo se desarrolla a lo largo de cinco secciones, de las cuales la regulación de la materia que hemos estudiado aparece en las dos primeras, dedicadas a los efectos de la declaración del concurso sobre los contratos (arts. 156 a 159) y a la resolución de los contratos (arts. 160 a 165, divididos en dos subsecciones, la primera dedicada a la resolución por

---

<sup>56</sup> La SAP de Madrid (Sección 11ª) 160/2014, de 14 de abril, estudió la extinción de un contrato de agencia por desistimiento de la principal ante la declaración de concurso de la agente, amparándose dicha resolución en el art. 26.1.b) de la LCA. Ello refuerza la posibilidad que cabe, según la tesis comentada, de incluir reglas como la prevista art. 26.1.b) a las causas de extinción del contrato, aunque no se prevean en la LC.

<sup>57</sup> De hecho, el 20 de junio de 2017 entra en vigor el Reglamento (UE) 2015/848 sobre procedimientos de insolvencia, que va a hacer necesarias varias modificaciones de la legislación concursal actualmente en vigor para que ésta pueda adaptarse a las disposiciones de aquél. En esta línea, el proyecto de texto refundido ha sido criticado por quienes consideran que lo que debiera llevarse a cabo no es una nueva ley sino un desarrollo completo de la actual para actualizarla en relación con dicho Reglamento. En este sentido se ha posicionado el presidente de la Asociación Profesional de Administradores Concursales, Luís Martín.

incumplimiento y la segunda a la resolución en interés del contrato) respectivamente. El resto de secciones se refieren a la rehabilitación de los contratos, a los efectos del concurso sobre los contratos de trabajo y los convenios colectivos y a los efectos sobre los contratos con las Administraciones Públicas.

Cuando analizamos la nueva propuesta, lo primero que salta a la vista es que en busca de una mayor claridad se ha dividido la regulación que antes aparecía en tres artículos en dos grandes bloques compuestos por diez artículos. El primer bloque se dedica a los efectos de la declaración del concurso sobre los contratos, y el segundo a la resolución de dichos contratos en el seno del concurso:

### **1. Efectos sobre los contratos**

La primera norma que aparece en la Propuesta es la del principio de vigencia de los contratos pese a haber sido declarado el concurso, declarando asimismo la ineficacia de las cláusulas que declaren la extinción del contrato por la mera declaración del concurso.

Con la inclusión de este artículo en primer lugar se pretende dar importancia al principio que recoge, asentar su carácter de norma capital en las relaciones entre concurso y contratos. De este modo, la norma general, que es efectivamente la de continuación de los contratos pese a haberse declarado el concurso, ya no aparecería postergada a un segundo plano.

La idea de fondo en este nuevo artículo es la misma que la que aparece en el art. 61.2: los contratos siguen vigentes pese a haber sido declarado el concurso. No obstante, la redacción de ambos preceptos es diferente, pues si en el actual se indica que la declaración del concurso no afectará por sí misma a la vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento tanto a cargo del concursado como de la otra parte, en el nuevo se dice que la declaración del concurso no es causa de resolución anticipada del contrato. Así las cosas, pareciera que el espectro del nuevo precepto es más amplio que el del anterior y pretende cubrir todos los contratos de que sea parte el concursado, y no sólo aquellos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento. De ser así, el principio de vigencia de los contratos pese a la declaración del concurso experimentaría una ampliación considerable, pues se predicaría de todos



los contratos de que fuera parte el concursado, y no sólo de aquellos con obligaciones recíprocas.

En cuanto a la ineficacia de las cláusulas que impliquen la extinción del contrato por la mera declaración del concurso aparece recogida de igual manera en la LC 22/2003. Ahora bien, de la redacción del proyecto parece asimismo que estas cláusulas, al contrario de lo que pasa hasta ahora, serán ineficaces en cualquier tipo de contrato de que sea parte el concursado, y no sólo en aquellos con obligaciones recíprocas. Es decir, se amplía también el alcance de esta prohibición.

Sentada la vigencia de los contratos (parece que de todos) en que es parte el concursado, el Proyecto se ocupa ya de los contratos con obligaciones recíprocas, tratando qué ocurre cuando, al declararse el concurso, una parte ha cumplido sus obligaciones y la otra no. Siguiendo la línea actual, se indica para estos casos que el crédito o la deuda del concursado se incluirán en la masa activa (si incumplió la contraparte) o pasiva (si incumplió él).

A diferencia de lo indicado anteriormente con relación al principio de vigencia, que pareciera se aplica a todos los contratos, y no sólo a los que contemplen obligaciones recíprocas, aquí sí se precisa que esta norma se refiere a los contratos sinalagmáticos. Que el legislador haya precisado en un punto lo que ha omitido en otro, hace que nos reafirmemos en lo previamente señalado en relación al principio de mantenimiento de los contratos<sup>58</sup>.

El siguiente caso tratado por el proyecto es el de los contratos en que ambas partes deban todavía cumplir íntegramente sus prestaciones. Coherentemente con el principio de vigencia de los contratos, estos seguirán activos, señalándose que las prestaciones a que esté obligado el concursado deberán realizarse con cargo a la masa.<sup>59</sup>

---

<sup>58</sup> Es decir, que el principio de vigencia se aplicará a todos los contratos en que sea parte el concursado y no sólo a aquellos con obligaciones recíprocas.

<sup>59</sup> Como ya criticara Martínez Flórez en relación a la LC 22/2003, apreciamos ya aquí que también se ha desperdiciado una oportunidad de precisar el alcance y significado de la norma, pues seguirá siendo un problema de interpretación si las prestaciones debidas antes de la declaración del concurso deben satisfacerse con cargo a la masa o tienen el carácter de deuda concursal. De este modo, pareciera que se debe seguir optando por una interpretación literal de la norma (véase supra punto V.2).

Se cierra este bloque dedicado a los efectos del concurso sobre los contratos con la norma ahora prevista en el art. 63, dedicada a los supuestos especiales.<sup>60</sup> La idea de fondo en este precepto es la misma que en el de la LC 22/2003, aunque su dicción es más tajante al señalar que la facultad de denuncia sólo procederá “*en los casos en que así se reconozca expresamente por la Ley*”. Esta precisión es celebrable pues disipa cualquier duda de interpretación que pudiera existir con respecto a este artículo.

Este precepto también deja a salvo la aplicación de las leyes que dispongan o expresamente permitan pactar la extinción del contrato en los casos de situaciones concursales o de liquidación administrativa de alguna de las partes, aunque, al igual que el texto actual, no incluye aquellas que permitan a las partes extinguir el contrato sin necesidad de pactarlo.

## **2. Resolución de los contratos**

El siguiente bloque de artículos contempla la excepción a la regla general según el cual la declaración del concurso de acreedores no afecta a los contratos en que sea parte el concursado, pues se refiere a los casos en que dichos contratos pueden ser resueltos. Este bloque se divide en dos partes que distinguen las dos posibles causas que pueden dar lugar a la resolución de los contratos de que sea parte el concursado: el incumplimiento o el interés del concurso.

### **2.1 Resolución de los contratos por incumplimiento**

Considerando la jurisprudencia del TS en relación a la facultad de resolver por incumplimiento anterior o posterior a la declaración del concurso según el contrato sea de tracto único o sucesivo, el Proyecto ejecuta una redacción más clara que la de la actual ley, distinguiendo entre la facultad de resolver por incumplimiento anterior a la declaración del concurso, que sólo procederá en los contratos de tracto sucesivo, y la de hacerlo cuando el incumplimiento fuera posterior a dicha declaración, lo que podrá hacerse tanto en los contratos de tracto único como de tracto sucesivo.

---

<sup>60</sup> Como curiosidad, nos llama la atención que quien dirigía los Comentarios que tildaban de superflua e innecesaria esta precisión la mantenga en el Proyecto cuya redacción preside.

Se indica posteriormente que la acción de resolución por incumplimiento se ejercitará ante el juez del concurso y sustanciará por los trámites del incidente concursal; se sigue describiendo los efectos de la resolución (que son los mismos que los previstos actualmente) y se finaliza indicando la posibilidad de que el juez declare el mantenimiento del contrato pese a existir causa de resolución por incumplimiento, siendo en este caso contra la masa las prestaciones debidas o que deba realizar el concursado.

Aunque los supuestos en que procede resolver por incumplimiento un contrato en que es parte el concursado están más claros en el nuevo Proyecto, que hace una redacción más precisa de la existente en la norma actual, por lo demás el contenido de la regulación sigue siendo el mismo, y las dudas y problemas que comentamos suscitaba la regulación de esta materia en la LC 22/2003 no terminarían por desaparecer con este nuevo Proyecto<sup>61</sup>.

## **2.2. Resolución de los contratos en interés del concurso**

La regulación en el nuevo proyecto de este punto es la misma que la existente en la LC 22/2003. En este punto se indica, otra vez expresamente, que la solicitud de resolución de contratos en interés del concurso procederá sobre aquellos que comprendieran obligaciones recíprocas entre concursado y contraparte. Como ya vimos, el nuevo principio de vigencia no distingue entre contratos con obligaciones recíprocas y contratos de otro tipo, de modo que todos los contratos del concursado siguen vigentes declarado el concurso pero sólo aquellos con obligaciones recíprocas pueden resolverse en interés del mismo<sup>62</sup>.

## **3. Consideraciones al respecto de la nueva regulación**

La idea principal del nuevo Proyecto es asentar que los contratos en que sea parte el concursado van a seguir vigentes pese a haber sido declarado el concurso. No obstante,

---

<sup>61</sup> Así, por ejemplo, los vinculados al concursado por un contrato de suministro en condiciones de mercado favorables podrían seguir ejerciendo la acción de resolución a sabiendas de que se va a decretar el mantenimiento del contrato para cobrar sus créditos con cargo a la masa.

<sup>62</sup> De ser esto así, la regulación en este punto del nuevo Proyecto daría lugar a bastantes dudas.

al hacer esta afirmación no se refiere expresamente a los contratos con obligaciones recíprocas, por lo que se introduce un elemento de duda que no existe en el texto vigente cuando más tarde se indica que la facultad de solicitar la resolución de un contrato en interés del concurso sólo procede con respecto a los sinalagmáticos.

Por ello, relación con la Ley 22/2003, la primera sección del proyecto de Texto Refundido es más novedosa que la segunda, que se limita a diseccionar en partes lo dispuesto en la normativa actual. El carácter novedoso de la primera parte no sólo viene de que aquella concede una importancia al principio de vigencia de los contratos mayor al que actualmente tiene, sino también de que contiene diferencias de contenido con respecto a la normativa actual, de la que, como hemos visto, pueden llegar a ampliar el alcance de sus disposiciones.

### **XIII. CONCLUSIONES FINALES**

La regulación de los efectos del concurso sobre los contratos es un aspecto muy relevante dentro del procedimiento concursal, pues el éxito del mismo puede variar dependiendo del mayor o menor acierto de las decisiones que se tomen con respecto a los contratos de que es parte el concursado. En efecto, la decisión de mantener un mismo contrato es muy importante para el concursado y sus acreedores, pues puede reportar unos beneficios a la masa que a la postre pueden coadyuvar al buen fin del concurso o, por el contrario, puede sobrecargarla en extremo, implicando un fracaso estrepitoso.

La importancia que esta materia tiene en ámbito concursal es respondida por la LC con una serie de normas que sitúan al interés del concurso como criterio elemental que debe guiar la solución que se da a los contratos de que es parte el concursado. Dicho interés se identifica con la mayor satisfacción que vayan a obtener los acreedores del concursado en función de la decisión adoptada con respecto a los contratos de que sea parte éste último. La importancia de la decisión que deba tomarse hace que en la mayoría de casos esta facultad se confiera a los Jueces y Tribunales, y no a otros sujetos como pudiera ser la Administración Concursal. Esta labor jurisprudencial puede realizarse incluso, como se ha visto, en fase de casación.

Por otro lado, no son pocos los aspectos en que las respuestas de la LC no dejan claros los efectos que tendrán en el concurso ciertas decisiones que se puedan tomar sobre contratos de que sea parte el concursado. Por ejemplo, el carácter concursal o contra la masa de los créditos por prestaciones anteriores a la declaración del concurso cuando el contrato del que aquellas dimanen se mantenga en interés del concurso; o la capacidad de resolver contratos de tracto único por incumplimiento anterior a la declaración del concurso. En este punto, adquiere importancia la figura de los tribunales como interpretadores y aclaradores de la ley, aportando la seguridad y certeza que en ocasiones ésta no brinda. En relación con ello, la labor de nuestro Tribunal Supremo es de una importancia que merece no ser obviada, pues (al margen del mayor o menor acierto que sus interpretaciones legales merezcan para la doctrina) confiere una gran seguridad jurídica al garantizar que la interpretación de la ley sea unívoca.

Con esta labor aclaradora de la LC que realizan los tribunales, podemos considerar que, en conjunto, la regulación de los efectos del concurso sobre los contratos en

nuestro ordenamiento es completa y se enmarca en la línea de lo perseguido por la LC: tratar de dar las mayores oportunidades al concursado, persiguiendo la continuidad de su actividad, pero sin dejar de lado el mayor interés de sus acreedores. Estos son en esencia los faros que guían los cambios de rumbo que se produzcan con respecto a los contratos en que sea parte el concursado.

En cuanto al nuevo Proyecto de ley, la regulación de los efectos del concurso sobre los contratos es sustancialmente la misma que la realizada en la LC 22/2003. No obstante, podemos hallar una diferencia entre ambas normas en lo relativo al principio de vigencia de los contratos. En efecto, a expensas de una interpretación por los tribunales en caso de que el Proyecto entrase en vigor, parece que se amplía el alcance de dicho principio a todos los contratos de que sea parte el concursado, dejando de referirse solamente a aquellos que contuvieran obligaciones recíprocas.

### **XIII. BIBLIOGRAFÍA.**

ÁVILA DE LA TORRE, ALFREDO, “Efectos del concurso sobre los contratos de distribución” en *Los contratos de distribución en las propuestas armonizadoras del Derecho Contractual Europeo* (Dir. Fernando Carbajo Cascón), Editorial Tirant lo Blanch, 1ª Edición, Valencia, 2015.

BONARDELL LENZANO, RAFAEL, “Régimen de los contratos sinalagmáticos en el concurso” en *Estudios de derecho de sociedades y Derecho Concursal (Libro homenaje al profesor Rafael García Villaverde)*, Editorial Marcial Pons, Vol. III, Madrid, año 2007.

CARRASCO PERERA, ÁNGEL, “*Derecho de obligaciones y contratos en general*”, Editorial Tecnos, 2ª Edición, Madrid, 2010.

CONDE FUENTES, JESÚS, “La competencia de los Juzgados de Primera Instancia y de los Juzgados de lo Mercantil tras la reforma de la Ley Orgánica 7/2015” en *Estudios sobre derecho de la insolvencia* (Coords. David García Bartolomé, Stefania Pacchi y Gilberto Pérez del Blanco), Editorial Eolas Ediciones, 1ª Edición, Madrid, 2016.

GIL PECHARROMÁN, XAVIER “La ley Concursal española ya debería estar adaptada al Reglamento de la UE” en *El Economista*, 13 de mayo de 2017.

GÓMEZ MENDOZA, MARÍA, “Los efectos del Concurso sobre los contratos: cuestiones generales” en *Estudios sobre la Ley concursal (Libro homenaje a Manuel Olivencia)*, Editorial Marcial Pons, Vol. III, Madrid, año 2005.

GÓMEZ MENDOZA, MARÍA, “Prestaciones anteriores al concurso en los contratos con obligaciones recíprocas”, *RDCP*, nº 4, 2006, páginas 117 a 136.

JUAN Y MATEU, FERNANDO, “Los contratos de suministro en el concurso de la parte suministrada”, *ADCo*, nº 13, 2008, páginas 507 a 518.

LARA GONZÁLEZ, RAFAEL, “Contrato y operaciones de descuento en el concurso de acreedores: rehabilitación de créditos o vigencia contractual” (referencia del documento SP/DOCT/3970), en la *Revista Jurídica de la Editorial Sepin*, nº 2, 2º Trimestre de 2009.

LARA GONZÁLEZ, RAFAEL, “La facultad de resolución por causa concursal en los contratos de distribución: propuesta de Código Mercantil” en *Claves del derecho de redes empresariales (Bussiness Networks Law Keys)* (Dir. Juan Ignacio Ruiz Peris), Editado por la Universitat de València, 1ª Edición, Valencia, 2017.

MARTÍNEZ FLÓREZ, AURORA, “Comentarios al artículo 61, 62 y 63” en *Comentario de la Ley Concursal*, (Dir. Ángel Rojo y Emilio Beltrán), Editorial Thomson Civitas, Tomo I, 1ª Edición, Madrid, 2004.

MARTÍNEZ MARTÍNEZ, TERESA, “Comentarios a los artículos 61, 62 y 63” en *Comentario a la Ley Concursal*, (Dir. Juana Pulgar Ezquerro). Editorial La Ley Wolters Kluwer, 1ª Edición, Madrid, 2016.

MONTSERRAT VALERO, ANTONIO, “Los efectos generales de la declaración del concurso sobre los contratos bilaterales”, *ADCo*, nº 14, 2008, páginas 73 a 120.

ROMERO SANZ DE MADRID, CARLOS, “*Derecho Concursal*” (Prólogo de Javier García de Entrerría). Editorial Thomson Civitas, 1ª Edición, Cizur Menor, 2005.

SALELLES CLIMENT, JOSÉ RAMÓN, “La vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas en el concurso”, en *Estudios sobre la Ley concursal (Libro homenaje a Manuel Olivencia)*, Editorial Marcial Pons, Vol. III, Madrid, año 2005.

VALPUESTA GASTAMINZA, EDUARDO, “Comentario al artículo 62” en *Comentarios a la Ley Concursal*, Editorial Aranzadi, 1ª Edición, Cizur Menor, 2004.

VILLORIA RIBERA, ÍÑIGO, “El mito de la par conditio creditorum”, *RDCP*, nº 9, 2008, páginas 319 a 326.

ZURUTUZA ARIGITA, IÑAKI, “El crédito restitutorio de la parte de la parte *in bonis*: calificación y elementos para su análisis”, *ADCO*, nº 41, 2017, páginas 223 a 238



## **XIV. JURISPRUDENCIA ANALIZADA**

### **1. Sentencias de Tribunales de lo mercantil**

SJM nº 9 de Córdoba, 25/2004, de 8 de julio de 2005

SJM nº2 de Barcelona, 114/2005, de 21 de julio de 2005

SJM nº1 de Oviedo, 16/2006, de 3 de febrero de 2006

### **2. Sentencias de Audiencias Provinciales**

SAP Alicante (Sección 8ª), de 9 de junio de 2010

SAP Alicante (Sección 8ª), de 11 de octubre de 2010

SAP Valencia (Sección 9ª), de 29 de noviembre de 2010

SAP Castellón (Sección 3ª), de 17 de enero de 2011

SAP Barcelona (Sección 15ª), de 5 de octubre de 2016

SAP Madrid (Sección 11ª), de 14 de abril

### **3. Sentencias del Tribunal Supremo**

STS 687/2011, de 11 de octubre

STS 811/2012, de 8 de enero

STS 797/2012, de 9 de enero

STS 943/2012, de 7 de marzo

STS 145/2012, de 21 de marzo

STS 161/2012, de 21 de marzo

STS 181/2012, de 26 de marzo

STS 34/2013, de 12 de febrero

STS 69/2013, de 13 de febrero

STS 44/2013, de 19 de febrero

STS 235/2013, de 9 de abril

STS 431/2013, de 3 de julio

STS 457/2013, de 9 de julio

STS 469/2013, de 15 de julio

STS 473/2013, de 16 de julio

STS 488/2013, de 22 de julio

STS 505/2013, de 25 de julio

STS 510/2013, de 25 de julio

STS 187/2014, de 2 de septiembre

STS 652/2014, de 12 de noviembre

STS 632/2014, de 18 de noviembre

STS 63/2015, de 24 de febrero

STS 494/2015, de 12 de septiembre

STS 439/2016, de 29 de junio

STS 500/2016, de 19 de julio

STS 647/2016, de 2 de noviembre

STS 660/2016, de 10 de noviembre